

ADPE 1 (2011)



**ANUARIO**  
**DE DERECHO PENAL ECONÓMICO**  
**Y DE LA EMPRESA**

**Director** Dino Carlos Caro Coria

ISSN 2224-9699

## ÍNDICE

### **Doctrina**

<i>Manuel Cancio Meliá.</i> El caso Contergan cuarenta años después.....	5
<i>Dino Carlos Caro Coria.</i> El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico.....	15
<i>Luis Fernando Iberico Castañeda.</i> Estudio introductorio de la impugnación y el recurso de casación en el nuevo Código procesal penal.....	25
<i>Urs Kindhäuser.</i> Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho penal.....	51
<i>Elena B. Marín de Espinosa Ceballos.</i> La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas.....	59
<i>Fernando Miró Llinares.</i> Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales?.....	71
<i>Luis Miguel Reyna Alfaro.</i> El delito de defraudación tributaria y las ganancias ilícitas. Una explicación político criminal a una cuestionable praxis jurisprudencial.....	97
<i>Wang Shizhou.</i> Informe sobre la legislación penal relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional.....	109
<i>José Miguel Zugaldía Espinar y Esteban Pérez Alonso.</i> Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales. ....	133
<i>Laura Zúñiga Rodríguez.</i> La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española.....	149
<b>Interdisciplinaria</b>	
<i>María Laura Böhm.</i> Políticas criminales complementarias. Una perspectiva biopolítica.....	159
<i>Kristian Kühl.</i> Sobre la actualidad de la filosofía del derecho de Immanuel Kant, traducción de Dorothea Ortmann y Andy Carrión. ....	181
<b>Clásicos</b>	
<i>Edwin H. Sutherland.</i> Criminalidad de Cuello Blanco, traducción de Luis Miguel Reyna Alfaro .....	191
<b>Noticias</b> .....	201

© 2011 CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, CEDPE S.A.C., inscrito en la Partida Electrónica N° 12282443 del Registro de Personas Jurídicas de Lima. Marca Registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, desde el 30.3.11, Certificado N° 00065770. Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 370, San Isidro, Lima 27, Perú. Tfs. +51 1 4411943, 412508, www.cedpe.com, cedpe@cedpe.com

© 2011 ANUARIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, ADPE. Marca Registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, desde el 20.5.11, Certificado N° S00066668.

Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 201112202

**Dirección:** Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, ccaro@cedpe.com

**Redacción:** Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, lreyna@cedpe.com

## DOCTRINA

EL CASO *CONTERGAN* CUARENTA AÑOS DESPUÉS\*

Manuel Cancio Meliá\*\*

*Contergan* es el nombre comercial bajo el cual se vendió en la República Federal de Alemania – durante los años 1960 a 1962– un medicamento que era empleado –sin necesidad de receta médica– como sedante, siendo recomendado especialmente para las mujeres embarazadas por su buena tolerancia. Su principio activo era la talidomida, sustancia sintetizada por la misma empresa farmacéutica que distribuía el medicamento, Chemie-Grünenthal. La empresa puso en marcha en el año 1955 diversos ensayos clínicos, llevados a cabo en varios hospitales universitarios; los informes de los médicos responsables fueron positivos. No se realizaron ensayos en mujeres embarazadas. En julio de 1956, el departamento de sanidad del ministerio del interior del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia autorizó la distribución de medicamentos que contuvieran Talidomida, y en octubre de 1957 comenzó la comercialización de *Contergan* en todo el territorio federal; la talidomida se exportó, además, a más de cuarenta países.

En octubre de 1959 se produce la primera comunicación a la empresa –por parte de un neurólogo, *Voss*– planteando la posibilidad de que la talidomida podría tener efectos neurotóxicos en caso de toma prolongada. Durante el tiempo en el que se comercializó *Contergan*, unos 1500 médicos y farmacéuticos informan a Grünenthal de unos 3000 casos de efectos tóxicos. En abril de 1960, *Voss* presenta sus conclusiones sobre la toxicidad de la talidomida en un congreso de neurología; el departamento de investigación de Grünenthal lleva a cabo entonces una serie de ensayos en ratas, sin que se produzca efecto negativo alguno,

\* El presente comentario fue elaborado para el libro colectivo Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Cincuenta casos que hicieron doctrina*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

\*\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, España.

de lo que se deduce que se trata de situaciones específicas respecto de las cuales *Contergan* sólo en muy contados casos podría tener un papel determinante.

En septiembre de 1960, la administración sanitaria de los EE.UU., *Food and Drug Administration*, rechaza la solicitud de autorización de la empresa estadounidense (Richardson-Merrell, después Dow Chemical) que pretende introducir un medicamento que contiene talidomida; la farmacóloga competente, *Oldham Kelsey*, ve comprometida la seguridad del uso de la sustancia y demanda ulteriores ensayos, también relativos a la vida humana antes del nacimiento. El día 24.11.1960, un farmacéutico alemán plantea por escrito a Grünenthal la cuestión de si la ingestión de *Contergan* durante el embarazo puede producir malformaciones en el fruto de la concepción. La empresa introduce una advertencia en el prospecto respecto del uso prolongado de la sustancia, afirmando que los efectos secundarios serían reversibles, y solicita la obligatoriedad de prescripción médica para el medicamento en varios Estados federados. En verano de 1961 aparece en el semanario *Der Spiegel* la primera noticia sobre los efectos neurotóxicos en adultos, y en septiembre de 1961 se publica el primer artículo científico que alerta sobre un aumento significativo de la tasa de malformaciones. El día 15 de noviembre de 1961, el pediatra y genetista *Lenz* comunica por teléfono al jefe del departamento de investigación de Grünenthal que sospecha que la ingestión de *Contergan* durante el embarazo puede producir malformaciones, y exige a la empresa que retire del mercado inmediatamente todos los medicamentos que contengan talidomida; esta exigencia también se formula en una reunión en el ministerio del interior de Renania del Norte-Westfalia, que la empresa rechaza – amenazando con interponer una demanda para ser indemnizada de los perjuicios ocasionados. El día 26 de noviembre, el periódico *Welt am Sonntag* publica un artículo sobre las sospechas de *Lenz*. Al día siguiente, Grünenthal paraliza la comercialización del medicamento.

En diciembre de 1961 la fiscalía de Aachen abrió diligencias de instrucción contra Grünenthal; ésta siguió negando la relación entre el consumo del

medicamento y las lesiones. En marzo de 1967 la fiscalía presentó escrito de acusación contra el socio principal y ocho directivos de la empresa (el director científico, el gerente, los directores comercial y de distribución y cuatro miembros del departamento científico); en este momento comenzó también a calibrarse la dimensión de los casos de malformaciones en la República Federal de Alemania (unos 4000-5000 casos, de los cuales sobrevivieron unos 2800). La vista oral – un macrojuicio con tres fiscales y veinte letrados defensores, y en el que 312 de los perjudicados actuaron como acusación accesoria (*Nebenklage*) y se oyeron alrededor de 120 testigos, para el que hubo que buscar un local *ad hoc*– comenzó en enero de 1968. En abril de 1970, la representación de la acusación accesoria llegó a una transacción con Grünenthal, conforme a la cual aquélla renunció a toda indemnización y acción judicial futura a cambio del pago de cien millones de marcos para una fundación destinada a ayudar a los niños afectados<sup>1</sup>.

## I. Introducción

Con el caso Contergan irrumpe en el Derecho penal la responsabilidad por el producto, generando no sólo un verdadero vendaval social, sino efectos semejantes sobre puntos centrales de la ciencia del Derecho penal, y, muy especialmente, sobre el concepto de causalidad en los delitos de lesión. Desde entonces, ningún análisis de la problemática ha podido prescindir de hacer referencia a él<sup>2</sup>. En cierto modo,

<sup>1</sup> El auto del tribunal competente –el *Landgericht* de la ciudad de Aachen (Aquisgrán), similar a una Audiencia Provincial española– que puso fin al proceso penal en el que se enjuició el caso Contergan (auto LG Aachen de 18.2.1970, JZ 1971, pp. 507 y ss.) sólo se publicó parcialmente, recogiendo los fundamentos jurídicos sobre el fondo y la terminación del proceso, pero no los hechos probados; los aquí recogidos han sido extraídos de la argumentación jurídica de la resolución y de diversos artículos del semanario *Der Spiegel*, de [www.WDR.de](http://www.WDR.de) (*Westdeutscher Rundfunk*, emisora pública con sede en Colonia) y de [www.avite.org](http://www.avite.org) (Asociación de Víctimas de la Talidomida en España).

<sup>2</sup> Son numerosísimos los trabajos jurídico-penales que se han ocupado del caso Contergan; a continuación sólo se ofrece una selección de textos que contienen posiciones especialmente relevantes, exponen la problemática con especial claridad o

comienza aquí *avant la lettre* el Derecho penal del riesgo, se alcanza un punto de inflexión en el funcionamiento del sistema penal.

## II. El auto del LG Aachen de 18.12.1970

En su extensa resolución, el LG Aachen<sup>3</sup> resuelve tres cuestiones de Derecho material: la *tipicidad* abstracta de las lesiones debidas a una *actuación antes del nacimiento*, pero que se manifiestan en el nacido vivo como malformaciones<sup>4</sup>; la relación de *causalidad* entre el uso del medicamento por las gestantes y las malformaciones en sus hijos<sup>5</sup>; y la determinación de la *imprudencia* de los acusados<sup>6</sup>. En las tres cuestiones el tribunal llegó a una subsunción positiva. Sin embargo, no se produjo una condena porque el LG decidió hacer uso de la facultad que le otorgaba el § 153.3 StPO

facilitan el acceso a ulterior bibliografía: KAUFMANN, Armin. *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung*. JZ 1971, pp. 569 y ss.; MAIWALD, Manfred. *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, 1980; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1989, pp. 40 y ss., 70 y ss., 73 y ss.; KUHLEN, Lothar. *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 63 y ss.; HILGENDORF, Eric. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, 1993, pp. 115 y ss.; PUPPE, Ingeborg. *Naturgesetze vor Gericht. Die sogenannte generelle Kausalität und ihr Beweis, dargestellt an Fällen strafrechtlicher Produkthaftung*. JZ 1994, pp. 1147 y ss.; HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*. 2ª ed., 1996, pp. 27 y ss., 31 y ss., 38 y ss.; IÑIGO CORROZA, Mª Elena. *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, 2001, pp. 58 y ss., 96 y ss., 100 y ss.

<sup>3</sup> JZ 1971, pp. 507 y ss.; *vid.* la traducción parcial de los fundamentos jurídicos del auto (punto II.: causalidad) en GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad* (nota 1), pp. 123 y ss.

<sup>4</sup> Bajo el rótulo “tipicidad”; JZ 1971, pp. 507-510; incluyendo expresamente también el homicidio imprudente en caso de que el sujeto afectado, una vez nacido, muriera por consecuencia de las lesiones prenatales.

<sup>5</sup> Bajo el rótulo “causalidad”; JZ 1971, pp. 510-514.

<sup>6</sup> Bajo el rótulo “culpabilidad”, tanto en el plano de la determinación de los deberes de actuación de los acusados en cuanto integrantes de una empresa farmacéutica como respecto del caso concreto; JZ 1971, pp. 514-517.

(*Strafprozeßordnung*, Código de procedimiento penal) de sobreeser la causa por falta de interés público en la ulterior persecución penal<sup>7</sup>.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones –la tipicidad como lesiones de las malformaciones causadas por actuaciones en la fase prenatal–, el LG parte en su razonamiento de la base de que los delitos de lesiones o de homicidio no protegen al fruto de la concepción, como demuestra la existencia del delito de aborto. También descarta que pueda concurrir una lesión de la gestante<sup>8</sup>. Finalmente, concluye que “...bajo las circunstancias del caso, la causación de malformaciones sólo será punible si se considera que ello constituye una lesión de quien nazca con ellas”<sup>9</sup>. En su opinión, esta cuestión no se había planteado hasta el momento en la discusión doctrinal, por lo que limita sus consideraciones, en ese plano, a las argumentaciones presentadas en los dictámenes de los peritos jurisperitos – todos ellos prestigiosos profesores de Derecho penal– aportados en el proceso: *Bockelmann, Armin Kaufmann, Lange, Maurach, Nowakowski y Schröder*. Sólo el dictamen de *Maurach* se mostró favorable a la solución afirmativa (la lesión prenatal puede ser calificada de lesión al nacido tanto para supuestos tanto de dolo como de imprudencia), mientras que *Schröder* únicamente afirmó la tipicidad de las lesiones dolosas; los demás dictámenes negaron la tipicidad tanto para conductas dolosas como imprudentes. La Cámara del LG se sumó a la posición de *Maurach*, argumentando que una lesión se define por su afectación a la funcionalidad del órgano, desde el prisma del bien jurídico de la salud, de modo que cuando la malformación realmente se manifiesta como

<sup>7</sup> JZ 1971, pp. 517-521; argumentando que la duración del procedimiento y su alta repercusión pública había producido un gravamen relevante en los acusados, que éstos habían asumido –aunque de modo “muy reticente”, p. 520– su responsabilidad por una conducta incorrecta y que habían llevado a cabo el pago de una considerable cantidad a las personas afectadas. Sobre esta sorprendente terminación del proceso *vid.* sólo BRUNS, Hans Joachim. *Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses*, en: SCHROEDER/ZIPF (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, pp. 469 y ss.

<sup>8</sup> JZ 1971, pp. 507 y ss.

<sup>9</sup> JZ 1971, p. 509.

perturbación de la función es cuando ésta podría desplegarse, esto es, una vez que ha nacido el sujeto<sup>10</sup>. En opinión del tribunal, las consideraciones sistemáticas (la ausencia de una norma análoga al delito de aborto para las lesiones al feto) de los dictámenes contrarios a la afirmación de la tipicidad “sólo explican la impunidad de aquellas lesiones del fruto de la concepción que se agotan en dicha lesión. Pero si la lesión que el producto de la concepción sufre no se queda limitada a éste, sino que, más allá de ello, causa también una lesión corporal en el ser humano [nacido], una misma cadena causal afecta sucesivamente a diferentes objetos jurídico-penales de acción. No hay razón alguna para pensar que la impunidad de la afectación del primer objeto deba implicar también la impunidad de la afectación al segundo de los objetos.”<sup>11</sup>

Para la segunda cuestión –la relación de causalidad– la Cámara reservó el lugar central en su resolución. La argumentación comienza por rechazar la única hipótesis alternativa al efecto teratogénico de la talidomida presentada por las defensas, según la cual podría haber sucedido que en realidad, la talidomida habría hecho posible el nacimiento de sujetos que –debido a sus malformaciones, causadas por otros factores– en otro caso habrían acabado la gestación en abortos naturales. Dicho de otro modo: la talidomida no habría causado malformaciones, sino habría protegido a fetos con malformaciones (de otra etiología) de un aborto espontáneo. El LG la descarta por absolutamente infundada<sup>12</sup>.

Entrando en el núcleo del problema –y primero respecto de los daños neurológicos producidos en pacientes adultos, luego respecto de las malformaciones–, el LG comienza por afirmar que “...por prueba en sentido jurídico no debe entenderse, en ningún caso, la prueba de las ciencias naturales, que presupone una certeza matemática, que excluya toda posibilidad de que concurra lo contrario, es decir, un conocimiento absolutamente seguro... La única prueba determinante para la valoración jurídico-penal se produce cuando el tribunal está plenamente convencido de la concurrencia de los hechos a probar con base en el conjunto del juicio oral –y

<sup>10</sup> JZ 1971, pp. 509 y s.

<sup>11</sup> JZ 1971, p. 510.

<sup>12</sup> JZ 1971, pp. 510, 514.

ésta se alcanza sólo cuando esta convicción se forma, y de modo completo ya sólo con esa convicción—. En consecuencia, la prueba jurídico-penal descansa, como corresponde al conocimiento propio de las ciencias del espíritu, no en un razonamiento de cognición directa, sino sobre el fundamento del peso de un juicio de ponderación de las distintas razones que concurren respecto del conjunto de lo acontecido... Puesto que en tal juicio resulta impensable –al menos, por regla general– alcanzar una certeza que excluya toda duda, aunque sea teórica, lo decisivo no es la certeza *objetiva* necesaria para la prueba científico-natural, sino sólo la certeza *subjetiva*...<sup>13</sup>. Después de formular –como corresponde al estilo de redacción de resoluciones judiciales en Alemania– de un modo apodíctico esta anticipación de la conclusión afirmativa alcanzada por el tribunal<sup>14</sup>, se expone por la Cámara el razonamiento que la ha conducido a esta posición: en contra de la pretensión de varios de los peritos científico-naturales que depusieron en el proceso, no es necesaria una comprobación que genere certeza absoluta en el ámbito penal, y tampoco es de interés la aclaración completa de la patogénesis de los daños neuronales (polineuritis) o de las malformaciones, o el conocimiento detallado del mecanismo de actuación exacto de la talidomida. En relación con las malformaciones, el auto presenta los argumentos esenciales que fueron formulados por los peritos que afirmaron la concurrencia de relación de causalidad: las características específicas de las malformaciones producidas (que presentan un síndrome intensificado respecto de otras manifestaciones similares conocidas con anterioridad), así como su aparición masiva únicamente en los países en los que hubo distribución de la talidomida, como, por fin, la constatación de una exacta coincidencia temporal,

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> En este ámbito, el pasaje acabado de reproducir es el más citado del auto del LG Aachen; en muchas ocasiones, la cita aislada de esta conclusión anticipada saca de contexto (así lo señalan, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad* [nota 1], pp. 43, 45; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung* [nota 1], pp. 120 y s.) la formulación concreta, al no ser puesta en suficiente relación con la extensa argumentación que se presenta en las páginas siguientes (JZ 1971, pp. 511-514) de la resolución (*vid. infra* III.2).

en numerosos casos, de la toma del medicamento por la gestante con el período del embarazo en el que se produce –como ya entonces formaba parte del conocimiento científico– la formación en el feto precisamente de las estructuras físicas que resultan afectadas por las malformaciones<sup>15</sup>. Frente a la fuerza explicativa combinada de estos tres factores, que establecen una correlación convincente, según el LG, “...la probabilidad de que las circunstancias expuestas concurrieran conjuntamente por mera casualidad resulta tan extraordinariamente reducida que debe ser excluida del ámbito de una consideración racional.”<sup>16</sup> La argumentación en este punto concluye con la escueta afirmación –como no podía ser de otro modo, al sobreverse la causa– de que “...la Cámara, finalmente, queda convencida de que debido a su forma de aparición típica y la extrema rareza de síndromes similares, también en el caso concreto cabe probar la relación de causalidad entre la ingestión de la talidomida y las malformaciones en aquellos casos en los que la madre tomó talidomida en la fase sensible”<sup>17</sup>.

Respecto del tercero de los problemas jurídico-materiales –la concurrencia de imprudencia–, ubicados conforme al entendimiento dominante de la época en la culpabilidad, el LG descarta, brevemente, la existencia de dolo, siquiera eventual, pues la “...afirmación del dolo... supondría que los acusados habían contado positivamente con la posibilidad de que después de la ingestión de Contergan se siguieran produciendo [lesiones] a pesar de las medidas por ellos adoptadas...”<sup>18</sup>. Por el contrario, la Cámara sí afirma la concurrencia de imprudencia, ya que, en su opinión, “...la conducta de la empresa Chemie-Grünenthal, tal como se ha manifestado desde ella hacia fuera, no satisface los requisitos que deben plantear a un fabricante de medicamentos ordenado y cuidadoso.”<sup>19</sup> El tribunal establece para fundamentar esta afirmación criterios, formulados desde la perspectiva de una ponderación de intereses entre los del productor y los del consumidor (téngase en cuenta que en aquel momento no existía en la

<sup>15</sup> JZ 1971, p. 510.

<sup>16</sup> JZ 1971, p. 512.

<sup>17</sup> JZ 1971, p. 514.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> JZ 1971, p. 514, reiterado en p. 517.

RFA, conforme a la legislación administrativa aplicable, obligación de someter a los medicamentos a un procedimiento jurídico-público de análisis y registro sanitario previo a su comercialización). Descarta que ya la comercialización fuera imprudente, puesto que los daños que se produjeron no podrían –de acuerdo con la opinión de los peritos que depusieron en el proceso– haberse detectado con los estudios clínicos y farmacológicos previos estimados necesarios, pero afirma que sí fue imprudente la conducta de la empresa –con una argumentación que supone la formulación de un principio de precaución<sup>20</sup> *avant la lettre*– cuando no tomó las medidas adecuadas de información una vez que tuvo conocimiento de las sospechas respecto de la toxicidad de la talidomida en la *praxis* médica<sup>21</sup>.

### III. Dos problemas centrales del caso y sus repercusiones

La resolución del LG Aachen generó un cúmulo de reacciones, tanto en el espacio público como en el discurso técnico-jurídico<sup>22</sup>, y, en los dos ámbitos, tanto a corto como a largo plazo<sup>23</sup>. En lo

<sup>20</sup> *Vid.* sólo MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución*, en: BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 319 y ss., 334.

<sup>21</sup> JZ 1971, pp. 514-517.

<sup>22</sup> Sobre todo, en Alemania; en los EE.UU., sólo se produjeron algo más de una docena de víctimas (en la fase de ensayos clínicos); aún así, es este país el único en el que hubo un proceso judicial que acabó en sentencia, condenando a la empresa a indemnizar. En España, a pesar de que hubo un número muy considerable de víctimas (se estima que unas 3000), en lo que se alcanza a ver, no se inició ninguna actuación judicial, y los medicamentos se retiraron sólo en 1963 –una buena muestra de los niveles de eficacia de los sistemas administrativo y judicial de la dictadura (*vid.* las tablas IV y V en [www.avite.org](http://www.avite.org)). La recepción técnico-jurídica del debate alemán tuvo lugar sobre todo después del caso de la colza (*vid. infra* en el texto), una vez restaurado un régimen político legítimo.

<sup>23</sup> En el plano legislativo, el caso motivó en Alemania una completa revisión de la Ley federal del Medicamento (*Arzneimittelgesetz*), que acababa de entrar en vigor (*vid.* Georg FREUND, AMG comentario previo a los §§ 1 y ss., en: *Münchener*

que sigue, se abordan, por un lado, los dos problemas centrales para el Derecho penal material planteados en el auto que antes se han sintetizado, y, por otro, se hace referencia a la evolución que ha seguido la jurisprudencia y doctrina –alemana y española– en las materias planteadas.

En lo que se refiere a las cuestiones jurídico-penales planteadas en la resolución que puso fin al proceso Contergan, entre los distintos problemas que presentaba el caso, la discusión jurídico-penal se ha centrado –desde el planteamiento del influyente trabajo de *Armin Kaufmann*<sup>24</sup>– en dos ámbitos: por un lado, en el problema de las llamadas “actuaciones prenatales” –dicho de otro modo, la cuestión de la tipicidad o atipicidad de las lesiones producidas antes del nacimiento–; por otro, en la cuestión de

*Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2007, n.m. 5 y s.). En este país ha revivido la atención de la opinión pública sobre la cuestión en los últimos años; así, en 2006 se inició un escándalo mediático-judicial en torno a la emisión de una película elaborada por la primera cadena pública de televisión (ARD), que mostraba una versión de los hechos crítica con Grünenthal y algunos abogados de la acusación accesoria; en julio de ese año fue prohibida su difusión en virtud de una demanda de protección del honor interpuesta por Grünenthal y uno de los abogados de los afectados ante el LG Hamburg; sin embargo, posteriormente el *Oberlandesgericht* (= Tribunal Superior de Justicia de una *Land*) Hamburg y el Tribunal Constitucional Federal –al que habían recurrido los demandantes– permitieron su emisión, que tuvo lugar en 2007 (*Der Spiegel* 8.11.2007); en ese mismo año, un grupo de afectados británicos planteó una nueva demanda de indemnización (*Der Spiegel* 12.11.2007); en 2008 se produjo una huelga de hambre de afectados alemanes para reclamar indemnizaciones adicionales de Grünenthal (*Der Spiegel* 13.10.2008), que condujo a un acuerdo, posteriormente, en 2009; en este año surgieron también rumores de que Grünenthal habría experimentado con la sustancia ya durante la segunda guerra mundial, recurriendo para ello a presos de campos de concentración (*Der Spiegel* 16.2.2009). Por otra parte, en España muy recientemente se está discutiendo la posibilidad de que el Gobierno indemnice a las personas afectadas (*El País* 22.3.2010).

<sup>24</sup> JZ 1971, p. 569; su artículo fue, en lo que se alcanza a ver, el primer trabajo jurídico-penal publicado sobre la resolución –KAUFMANN había actuado como perito de la defensa en el proceso.

la determinación de la relación de causalidad entre la ingestión del medicamento y las lesiones<sup>25</sup>.

### 1. Los daños al feto: actuaciones prenatales y lesiones en el nacido

a) El primer problema está en determinar, con carácter previo a toda ulterior discusión del caso, cuál es el delito que podría integrar la conducta de los miembros de la empresa farmacéutica en caso de que las malformaciones producidas resultaran objetiva y subjetivamente imputables. Como antes se ha expuesto, la Cámara afirmó la tipicidad de los resultados lesivos producidos en cuanto delitos de lesiones imprudentes, apoyándose para ello en el único de los dictámenes presentados que arribó a esta conclusión, de *Maurach*<sup>26</sup>. Frente a este punto de vista, *Armin Kaufmann*<sup>27</sup> desplegó un argumentario que mantiene hasta el día de hoy todo su vigor<sup>28</sup>: partiendo de que resulta completamente irrelevante el momento de la acción (pues, como reza el conocido ejemplo, si sería típica la conducta de envenenar el biberón

<sup>25</sup> A pesar de que desde el punto de vista actual, probablemente haya consenso en considerar que lo más importante en este ámbito es la definición de los deberes de cuidado (niveles de riesgo permitido, como parte de la teoría de la imputación objetiva) y la determinación de las responsabilidades individuales dentro de estructuras empresariales, y el auto, como antes se ha indicado, contenía una original elaboración respecto de la primera de las cuestiones (que, sin embargo, no son trasladables a la actualidad, ya que faltan –en la terminología de Wolfgang FRISCH [*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988]– los ordenamientos primarios –en normas administrativas– que hoy disciplinan el sector de actividad de la producción farmacéutica).

<sup>26</sup> También en *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*. 5ª ed., 1969, p. 76.

<sup>27</sup> JZ 1971, pp. 569-572; *vid.* también LÜTTGER, *Der Beginn der Geburt und das Strafrecht*. JR, 1971, pp. 133 y ss., 139, y las referencias en el texto de KAUFMANN, p. 570, texto correspondiente a la nota 7.

<sup>28</sup> Así dice PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*. RDPCr 11, 2003, p. 235) que la argumentación de KAUFMANN en este punto “...no ha sido hasta ahora, en lo que alcanzo a ver, razonablemente desmentida. A mi juicio, porque no puede serlo.”

de un bebé aún no nacido), identifica como cuestión decisiva la de determinar si el objeto material sobre el que se produce la incidencia de la cadena causal impulsada por el autor presenta la cualidad típica (lesión de un nacido) que el delito de lesiones requiere. Y resuelve esta cuestión afirmando que la impunidad del aborto imprudente en el ordenamiento alemán genera un *efecto de cierre* cuya base material (más allá del argumento sistemático) es de extraordinaria importancia y corresponde a una decisión consciente del legislador: no existe incriminación del aborto imprudente (ni de las lesiones prenatales imprudentes) porque lo contrario, generando los correspondientes deberes de cuidado, supondría una intolerable intromisión en la esfera de libertad de las gestantes y de quienes se relacionen con ellas. En este sentido, aparecería la posibilidad de inmiscuirse en el estilo de vida (esfuerzos excesivos, consumo de sustancias tóxicas, realización de otras actividades de riesgo) de la mujer en cuestión por la existencia de esa protección penal del producto de la concepción.

b) En este punto, la posición defendida por el LG quedó en vía muerta. En Alemania, la doctrina completamente dominante comparte desde entonces el punto de vista expresado por *Armin Kaufmann*<sup>29</sup>. En España<sup>30</sup>, como es sabido, el legislador ha tipificado expresamente en 1995 –asumiendo así materialmente el contenido de esa argumentación– las lesiones al feto, y ha excluido la responsabilidad a título de imprudencia de la mujer embarazada tanto para el delito de aborto como para el de lesiones al feto. La posición contraria, defendida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo –antes de la entrada en vigor del nuevo CP aprobado en 1995<sup>31</sup>– y respecto de

<sup>29</sup> *Vid.* sólo las referencias reunidas por PEÑARANDA RAMOS. RDPCr 11, 2003, p. 228 con nota 179; *vid.* también pp. 172 y s.) y MENDOZA BUERGO, Blanca *La delimitación del delito de lesiones al feto en el sistema del Código penal de protección de la vida y de la salud*, en: BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Libro homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1579 y ss., 1605 y s. con nota 62).

<sup>30</sup> *Vid.* PEÑARANDA RAMOS. RDPCr 11, 2003, p. 228 con nota 180 y MENDOZA BUERGO, LH Rodríguez Mourullo (nota 28), *ibidem*, en cuanto a las referencias de la doctrina mayoritaria en España, que coincide con la alemana.

<sup>31</sup> STS 5.4.1995.

la cual hay que destacar últimamente la aproximación de *Silva Sánchez*<sup>32</sup>, resulta, *sit venia verbo*, radicalmente contraintuitiva –ante la opción del legislador español de 1995– y no ha logrado extender su influencia más allá de un reducido grupo de autores<sup>33</sup>.

### 2. La relación de causalidad: conocimiento científico-natural y valoración judicial

a) La segunda cuestión planteada –el problema causal– es la que mayores repercusiones ha generado. En el fondo, se trata de un problema muy antiguo, la cuestión de una posible responsabilidad injusta por el resultado<sup>34</sup>, que se plantea desde una nueva perspectiva por la génesis de una nueva situación: la existencia de múltiples riesgos nuevos, producidos por la generalización de productos químicos –como, en este caso, un medicamento– poco conocidos. Se trata, entonces, de determinar qué requisitos cabe plantear a la determinación judicial de responsabilidad por un delito de resultado<sup>35</sup> cuando el conocimiento de los posibles efectos de la sustancia en cuestión no es completo y por ello no resulta pacífico en la disciplina científico-natural competente. Como señala *Puppe*<sup>36</sup>, este problema implica, en realidad, tres cuestiones distintas: en primer lugar, cuál es el contenido que debe exigirse respecto de la ley causal; en segundo, cómo ha de introducirse en el proceso judicial esa ley causal; en tercer lugar, cuál es la relación entre la afirmación de la relación causal

<sup>32</sup> *La dimensión temporal del delito y los cambios de ‘status’ del objeto de la acción*, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Nuevo Derecho penal. Estudios en memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, 1999, pp. 159 y ss.

<sup>33</sup> *Vid.* sólo la convincente crítica de PEÑARANDA RAMOS. RDPCr 11, 2003, pp. 229-240, y MENDOZA BUERGO, LH Rodríguez Mourullo (nota 28), pp. 1606-1608.

<sup>34</sup> Como señala Lothar KUHLEN, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, JZ 1994, pp. 1142 y ss., 1144.

<sup>35</sup> *Rectius*, de uno de los presupuestos de la afirmación de la responsabilidad, la relación fáctica de causalidad (pues de acuerdo con el estándar actual, siempre habrá de seguir un análisis normativo (imputación objetiva del comportamiento y del resultado).

<sup>36</sup> JZ 1994, p. 1147.

en el caso concreto y la ley general de causalidad correspondiente.

b) Como se ha visto, el LG afirmó la causalidad: respecto de la primera de las cuestiones, no llega a pronunciarse por la terminación del proceso –pero da a entender que sería posible afirmar también la causalidad singular una vez probada la ley causal–, respecto de la segunda, afirma que quedó convencida la Cámara por aquellos peritos que dieron por probada la existencia de una relación causa-efecto, y en tercer lugar, sostiene que incumbe al tribunal dar por probada una de las posiciones sostenidas en la ciencia conforme a su convicción. El elemento diferencial frente a otros supuestos de cursos causales inciertos planteados en el pasado estribaba pues en que en este caso, no se trataba de determinar si la conducta concreta de X o Y había resultado causal para un concreto resultado, sino que, con carácter previo, no era clara –por las diversas posiciones adoptadas por los peritos– la existencia de una ley causal que explicara la génesis de las polineuritis y malformaciones, es decir, no podía formularse una *causalidad general* –aquella cuyo conocimiento es presupuesto de la *aplicación* de la fórmula de la *conditio sine qua non*– que estableciera que la ingestión de talidomida generaba las lesiones<sup>37</sup>.

También en este punto, el trabajo fundacional de *Armin Kaufmann* formula un contundente rechazo de la argumentación del tribunal<sup>38</sup>: en su opinión, sólo puede alcanzarse certeza acerca de la relación de causalidad entre el uso del medicamento y los resultados lesivos cuando exista un “reconocimiento general” en la correspondiente rama de la ciencia, que no concurría en el supuesto, ya que “...una parte considerable de los peritos manifestó dudas” al respecto (aunque para ello, no sería necesario conocer *por completo* los elementos *internos* de una ley causal). Así las cosas, la necesaria certeza sólo podría provenir de un experimento clínico –imposible en el caso por razones obvias; en consecuencia, el tribunal habría incurrido en un *non liquet* al formular por sí mismo una ley causal, cuando su función para determinar la concurrencia del elemento del tipo de la ley

<sup>37</sup> KAUFMANN, Armin. JZ 1971, pp. 572 y s.

<sup>38</sup> JZ 1971, pp. 572-575.

causal general debe limitarse a constatar que existe el reconocimiento científico general.

Esta crítica –“parcialmente acerba”, como el propio Kaufmann dice– a la posición del tribunal ha marcado, al igual que la posición del auto, de modo decisivo la discusión posterior<sup>39</sup>. Se inauguró así una situación de divorcio entre la posición de la jurisprudencia, próxima a las afirmaciones del LG Aachen, y la doctrina, crítica con la afirmación de la relación de causalidad, que se prolongó respecto de los *leading cases*<sup>40</sup> que han ido surgiendo con el tiempo en la misma materia<sup>41</sup>: los casos *Lederspray* (*spray* para cuero)<sup>42</sup>, *Holzschutzmittel* (producto protector para madera)<sup>43</sup> y *colza*<sup>44</sup>. En síntesis –y simplificando múltiples posiciones que contienen los trabajos de los distintos autores– cabe afirmar que la opinión mayoritaria sostiene que en ausencia de reconocimiento general de una ley causal, la afirmación de la relación de causalidad sobre la base de distintos factores de correlación entre el elemento *sospechoso* y los resultados a imputar supondría una condena con base en meros indicios, insuficiente en este ámbito<sup>45</sup>. Sin

embargo, con los años esta situación de clara oposición entre la doctrina científica y las resoluciones judiciales ha ido erosionándose por la aparición de posiciones en la teoría que estiman que la afirmación de la causalidad en este tipo de supuestos hecha por la jurisprudencia resulta adecuada<sup>46</sup>.

c) Desde el punto de vista aquí adoptado, la dificultad de identificar con claridad las diferentes posiciones en esta materia deriva ante todo de la confusión de los tres planos de argumentación que antes se han identificado. Es respecto de la primera cuestión –los contenidos de la ley causal general– que se ha producido la evolución de la doctrina científica que acaba de mencionarse: aquí hay un sector creciente de la teoría que opina que no es necesario que exista unanimidad en la disciplina en cuestión, y que el tribunal debe formar su convicción, no acerca de *cómo* es la ley causal en cuestión, sino de qué circunstancias cabe deducir su *existencia*<sup>47</sup>; en este sentido, es ésta una competencia del enjuiciamiento del tribunal, es una cuestión *normativa*<sup>48</sup>. La segunda cuestión –la introducción del análisis en el proceso– ha sido discutida mucho menos: ¿cuántos peritos deben ser oídos? ¿Cuáles son las disciplinas competentes en cada caso? ¿Qué respaldo debe tener una determinada posición en la disciplina competente para que el tribunal pueda fundar su convicción en ella? Y la tercera

*defectuosos*, 1995, pp. 49 y ss., 70 y s., 118 y ss.; 128 y ss.

<sup>46</sup> Vid. posiciones favorables a afirmar la relación de causalidad en estas constelaciones –aunque con argumentaciones en parte incompatibles– sólo KUHLEN, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 69 y s.; entre los manuales alemanes más recientes Helmut FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª ed., 2007, 9/34 y ss., 36; *cfr.* también MUÑOZ CONDE, Francisco, en: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 87 y ss., 93 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, en: IDEM, *Ensayos penales*, pp. 257 y ss., 330 y ss.

<sup>47</sup> Así se explica –por ejemplo– que GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales* (nota 45), p. 334, pueda ver muy clara la causalidad en el caso de la colza (“verde y con asas”), sobre la base de los elementos de correlación, y denostar, en cambio, cualquier *normativización* del concepto de causalidad (pp. 334 y s.).

<sup>48</sup> KUHLEN, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 69 y s.

es la que mayores dificultades presenta –si bien no llegó a plantearse en el caso Contergan, fue la cuestión central en los demás supuestos–: una vez afirmada la ley causal, por el procedimiento que sea, ¿cómo determinar que un caso concreto es reconducible a ella? Como es evidente, para este juicio –imprescindible para la condena por delito de lesión, donde se evalúa individualmente cada una de las lesiones– la cuestión decisiva es que no aparezca ninguna hipótesis alternativa – y, como es claro, serán muchas las posibilidades. Parece obvio que los delitos de lesión no pueden procesar hechos de estas características: basta con imaginar que el caso Contergan o el de la colza hubieran quedado limitados a unos pocos supuestos; la condena habría sido imposible, con independencia de la posición asumida sobre la causalidad.

#### IV. Algunas conclusiones

Como conclusión parece que puede decirse que el caso Contergan dejó una certeza –la necesidad de distinguir entre la protección de la vida humana antes y después del nacimiento– y un mar de dudas: sobre la causalidad en sectores en los que la sociedad industrial actúa sin dominar el fondo de las fuerzas que desata su actividad. O, dicho de otro modo, generó otra certeza: como afirmó con particular clarividencia Armin Kaufmann, la de que con este caso, con independencia de la posición adoptada, quedó claro que “...un principio fundamental del ordenamiento jurídico-penal vigente ha alcanzado y sobrepasado los límites de su capacidad de rendimiento: la vinculación a la causación de un resultado entendida como lesión de un bien jurídico como presupuesto fundamental de la punición”<sup>49</sup>. Sólo queda el camino –si este sector de actividad del *riesgo* ha de ser procesado por el sistema penal– de aprehender estos riesgos “en la fuente”<sup>50</sup>: comienza la era de los delitos de peligro abstracto, y, más específicamente, el tiempo de la responsabilidad penal por el producto, y, al tiempo, una nueva fase del Derecho penal económico.

<sup>49</sup> JZ 1971, p. 575.

<sup>50</sup> JZ 1971, p. 572.

<sup>39</sup> “Puede decirse, sin exagerar, que el proceso y los problemas en él planteados han influido de modo determinante toda la discusión reciente sobre la causalidad jurídico-penal” (HILGENDORF, *Produzentenhaftung* [nota 1], p. 115).

<sup>40</sup> Asumiendo la selección hecha por PUPPE, JZ 1994, p. 1148; *vid.* supuestos italianos próximos en GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad* (nota 1), pp. 43 y ss., 51 y ss.

<sup>41</sup> Que presentan, sin embargo, diferencias muy importantes entre sí, en las que aquí no es posible entrar.

<sup>42</sup> BGHSt 37, pp. 106 y ss.

<sup>43</sup> LG Frankfurt, NStZ 1990, pp. 592 y ss.

<sup>44</sup> STS 23.4.1992; resolución que cita varios pasajes del auto del LG Aachen en esta cuestión.

<sup>45</sup> *Vid.* las referencias en KUHLEN, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 63 y ss., 66 y ss.; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad* (nota 1), pp. 95 y ss., y, por ejemplo –con diversas argumentaciones– los análisis críticos de MAIWALD, *Kausalität* (nota 1), pp. 106 y ss., 109; HILGENDORF, *Produzentenhaftung* (nota 1), pp. 114 y ss., 119 y s., 121 y ss.; PUPPE, JZ 1994, pp. 1147 y ss., 1149 y s.; REYES ALVARADO, *Yesid. Imputación objetiva*, 1994, p. 41; HASSEMER, *Produktverantwortlichkeit* (nota 1), pp. 36 y ss., 41 y ss., 49 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, en: IDEM/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o*

**EL VALOR DE LA INFRACCIÓN  
ADMINISTRATIVA EN LA  
DETERMINACIÓN DEL RIESGO  
PERMITIDO EN EL DERECHO PENAL  
ECONÓMICO\***

*Dino Carlos Caro Coria\*\**

**I**

**§1. CASO 1:** Un empresario tolera que se omita registrar contablemente ingresos por un total de S/2'935.000,00 pese a lo cual, dentro del plazo respectivo cumple con tributar por dichos ingresos. No obstante, dicho empresario es procesado por la comisión del delito contable tipificado por el artículo 5, literal b) de la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo N° 813, pues la SUNAT entiende que la mera violación de la obligación tributaria de registrar contablemente los ingresos ya realiza el delito mencionado.

**CASO 2:** El Oficial de Cumplimiento de un Banco peruano omite comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú de la Superintendencia de Banca y Seguros, una operación sospechosa dentro del plazo de 30 días calendario desde que la misma fue analizada y calificada como tal por dicho oficial, con la opinión favorable del Comité de Prevención del Lavado de Activos del referido Banco. Se trata de 13 retiros de dinero en efectivo por valores superiores a los S/550.000,00 cada uno y efectuados en cuatro días consecutivos, por personas de escasos recursos económicos, algunas ni siquiera están inscritas en el Registro Único de Contribuyentes de la SUNAT, mediante cheques contra la cuenta de una empresa que celebró un polémico contrato con una Municipalidad Provincial y por el cual las autoridades del Ministerio Público y del Poder Judicial vienen investigando la presunta comisión de delitos

\* Texto ampliado y actualizado de la ponencia presentada en Lima el 25 de agosto de 1998, en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca/España.

\*\* Profesor Asociado de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

contra la administración pública y otros conexos. Los retiros se efectuaron desde el día siguiente en que la Municipalidad, en ejecución del contrato, efectuó un primer pago a dicha empresa por la suma de S/7'800.000,00, con dichos retiros el saldo de la cuenta quedó en S/9,99. El Oficial de Cumplimiento enfrenta una investigación por el delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas que tipifica el artículo 4 de la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos.

**CASO 3:** Una empresa minera, reconocida como tal por el Ministerio de Energía y Minas, opera desde hace varios años sin tener todas las licencias y autorizaciones debidamente aprobadas por las autoridades. Producto de sus actividades, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), ha constatado técnicamente que los niveles de PH de las emisiones de dicha empresa a las aguas de un río determinado, superan los niveles máximos permitidos establecidos normativamente por el Ministerio del Ambiente, aunque de momento no existe indicio alguno de afectación a la calidad de los recursos ambientales. Frente a ello, la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental formula denuncia penal contra el Gerente General y el Gerente de Medio Ambiente de la empresa por la comisión del delito de contaminación ambiental, tipificado por el artículo 304 del Código Penal.

**§2.** Como se sabe, el desarrollo de la técnica ha dado lugar a múltiples fuentes de peligro para los bienes jurídicos, pero como su utilidad social hace impensable renunciar a un mundo tecnificado, la sociedad tolera la realización de actividades riesgosas, pero a la vez establece límites a dichos riesgos que en los casos más relevantes como la tutela del ambiente, la salud pública o el ejercicio de la libertad de empresa, se hallan recogidos en la legislación administrativa.

Ciertamente, los casos citados al inicio tienen en común que describen la violación de normas de Derecho administrativo, en concreto el Límite Máximo Permisibles de pH para la descarga de efluentes líquidos de Actividades Minero – Metalúrgicas establecidos por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM<sup>1</sup>, el artículo 17 de la Resolución de la Superintendencia de Banca

<sup>1</sup> El Anexo 01 fija el límite de pH entre 6 y 9.



y Seguros N° 838-2008<sup>2</sup> que regula el deber de Reporte de Operaciones Sospechosas, y el artículo 175 numeral 3 del Código Tributario que

<sup>2</sup> «Artículo 17.- Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS)

Las empresas están obligadas a comunicar a la UIF-Perú las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar, que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de haberlas detectado. Se considera que una operación es detectada como sospechosa cuando, habiéndose identificado previamente una operación como inusual, luego del análisis y evaluación realizado por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos utilizados proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente. En los casos en que la empresa haya constituido un Comité para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, éste tendrá como función asistir al Oficial de Cumplimiento en el análisis y evaluación necesarios para determinar si una operación inusual es sospechosa o no; sin embargo, el Oficial de Cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú, conforme a Ley. El Oficial de Cumplimiento deberá dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no.

El Anexo N° 1 denominado “Señales de Alerta”, contiene una relación de este tipo de señales que las empresas deben tener en cuenta con la finalidad de detectar operaciones sospechosas. Lo anterior no exime a las empresas de comunicar otras operaciones que consideren sospechosas de acuerdo con su sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Sin perjuicio de ello, la Superintendencia podrá proporcionar información o criterios adicionales que contribuyan a la detección de operaciones inusuales o sospechosas.

La comunicación de operaciones sospechosas y el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS) que realizan las empresas por medio de sus Oficiales de Cumplimiento tienen carácter confidencial y privado entre las empresas y la Superintendencia, a través de la UIF-Perú.

Las empresas alcanzarán el ROS a la UIF-Perú mediante el medio electrónico que establezca la Superintendencia.»

sanciona las omisiones de registros contables<sup>3</sup>. Ahora bien, en tales casos podría entenderse que la gravedad del hecho traspasa la frontera del ilícito administrativo e ingresa más bien al ámbito del ilícito penal. Es decir, que se excluye la sanción administrativa y cobra vigor la sanción penal.

De este modo, se suscita la cuestión de si la violación del precepto administrativo tiene o no trascendencia para la tipicidad y la antijuricidad penal. Dicho de otro modo, se trata de determinar si el Juez Penal, al momento de verificar si la conducta se ajusta a los requerimientos del tipo penal, debe tener en cuenta la legislación administrativa que regula cada uno de los sectores que componen el orden económico. En ese sentido, el Juez tiene dos alternativas:

1° La primera opción consiste en que el Juez debe realizar un juicio puramente intrasistemático, basado en la interpretación del tipo penal pero aislado del resto del ordenamiento jurídico, de modo que no le otorgue valor alguno a los preceptos administrativos. Así sucedía por ejemplo en los delitos ambientales del Código Penal Colombiano de 1980 que sancionaba el hecho lesivo para el ambiente al margen de la regulación administrativa.

2° La segunda opción se contrapone a la primera, pues aquí el Juez no es indiferente al principio de unidad del ordenamiento jurídico y opta por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal teniendo en cuenta la regulación administrativa aplicable al caso concreto.

Como veremos a continuación, la doctrina mayoritaria y dominante se inclina por la segunda alternativa, pues se considera conveniente que el Derecho penal económico se sirva de las previsiones del Derecho administrativo a fin de erigir una protección más eficaz de los bienes

<sup>3</sup> «Artículo 175.- Infracciones relacionadas con la obligación de llevar libros y/o registros o contar con informes u otros documentos.

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de llevar libros y/o registros, o contar con informes u otros documentos: (...)

3. Omitir registrar ingresos, rentas, patrimonio, bienes, ventas, remuneraciones o actos gravados, o registrarlos por montos inferiores.»

jurídicos de entidad penal. En esa línea de ideas, se habla de la «accesoriedad o complementariedad administrativa» en el Derecho penal económico, accesoriedad que comúnmente se concreta mediante la técnica de la ley penal en blanco o la instauración de tipos abiertos y elementos normativos que, en buena cuenta, obligan al interprete a completar la descripción típica recurriendo a las previsiones técnicas definidas en el Derecho administrativo.

§3. En este contexto de articulación o concurso de la regulación administrativa en la delimitación del injusto penal, y teniendo en cuenta que en el Derecho penal económico es común la presencia de tipos de peligro abstracto y de peligro concreto, se plantea el interesante problema de determinar la relevancia de los preceptos administrativos en la determinación del peligro que para el bien jurídico exige la norma penal. En otras palabras, se trata de evaluar si la sola realización de la infracción administrativa necesariamente nos ubica en el terreno penal por cuanto implica la violación del riesgo penalmente permitido, o si más bien la intervención penal debe exigir algo más que la mera ilicitud administrativa.

La trascendencia de este problema es indiscutible por dos razones:

- 1) Por el alto grado de tecnificación o funcionalización del Derecho penal económico que hace necesario que los tipos penales tengan en cuenta las previsiones técnicas establecidas por el Derecho administrativo, y
- 2) Porque en el Derecho penal económico el legislador es muy propenso a tipificar comportamientos que, literalmente interpretados, equivalen a simples infracciones administrativas, lo que se observa por ejemplo y con mayor claridad en el caso del delito contable inicialmente descrito.

Ahora bien, una toma de posición frente a este problema debe ser consecuente con el grado de accesoriedad administrativa que se defiende en el Derecho penal económico, con la noción de bien

jurídico-penal y con el concepto de riesgo permitido en el Derecho penal.

## II

§4. La accesoriedad administrativa en el Derecho penal económico. Acorde con el principio de mínima intervención penal, el Derecho penal económico debe actuar subsidiariamente, sólo en defecto de la eficacia de los medios no penales. En esa perspectiva, tanto la legitimidad como la eficacia de la intervención penal se encuentra en relación directa con el grado de desarrollo de los mecanismos de control extra-penales, de forma tal que si la prohibición criminal carece de un respaldo anterior en el Derecho administrativo o civil, estará condenada al fracaso pues el Derecho penal pretendería operar como *prima ratio*, lo que le llevaría a enfrentarse, aisladamente y sin el concurso de otros sistemas de control, a hábitos y conductas arraigadas socialmente porque previamente no han estado sometidas a ningún modo de intervención o límite. De ese modo, la norma penal se limitaría a verificar una mera función simbólica o testimonial, careciendo rotundamente de eficacia preventiva y protectora, configurándose en consecuencia, según la pluriadida metáfora de HASSEMER, una vergonzante «huida hacia el Derecho penal».

La trascendencia de esta reflexión político criminal radica en que conduce a reconocer la necesidad de que el Derecho penal articule su intervención de la mano con la protección instrumentada fuera de sus muros. Por esta razón, actualmente no se discute la vinculación que debe guardarse entre la norma penal y la norma administrativa. Dicha relación no sólo podrá expresarse en términos negativos, como por ejemplo la delimitación del área de intervención penal y administrativa en orden a evitar un *bis in idem*, sino también, y esto es lo que interesa destacar en este momento, en términos de coordinación o colaboración. En esta última orientación cobra plena relevancia la técnica de la ley penal en blanco, mediante la cual la descripción penal se sirve de la regulación administrativa a fin de determinar el ámbito de prohibición.

Indudablemente ésta técnica, pese a contar con el pronunciamiento favorable de varios Tribunales Constitucionales<sup>4</sup> TC, parece plantear múltiples problemas relacionados con el respeto a las garantías adscritas al principio de legalidad, razón por la cual se han erigido un conjunto de requerimientos materiales que condicionan su aplicación. Sin embargo actualmente se considera que es un instrumento irrenunciable, precisamente porque impide que el Derecho penal intervenga en el vacío sino más bien contando con el respaldo, mínimo, de las prescripciones administrativas.

Dicho de otro modo, un modelo penal económico **absolutamente independiente** del administrativo estaría sometido a la constante posibilidad de infringir el principio de *ne bis in idem*, pero tendría además graves problemas para identificar las bases o criterios mínimos aplicables en la determinación de la frontera que separa el riesgo penalmente permitido y el prohibido. Por lo tanto, y centrándonos en lo que aquí interesa, la llamada «accesoriedad administrativa» en el Derecho penal cumple, entre otras funciones, la de concurrir en la delimitación del riesgo permitido.

**§5. El bien jurídico-penal.** Pero esta accesoriedad tampoco debe llevarse al extremo de afirmar una absoluta dependencia entre lo penal y lo administrativo. Ciertamente, desde una noción material de bien jurídico-penal<sup>5</sup>, en términos de merecimiento y necesidad de pena, queda descartada cualquier equiparación entre ilícito penal e ilícito administrativo.

En ese sentido, dado que el Derecho penal no tiene por misión la tutela de meras funciones administrativas, programas estatales o ámbitos de autoorganización, debe descartarse la defensa de un sistema penal **absolutamente dependiente** del Derecho administrativo, pues por ese camino se llegaría a justificar los delitos puramente formales cuyo núcleo de injusto equivale a la simple

<sup>4</sup> Por ejemplo el español, mediante la STC 127/90 de 5 de julio y la 283/2006 de 9 de octubre. La Corte Constitucional del Perú admite también el recurso a las leyes penales en blanco, como se aprecia en la STC de 22 de setiembre de 2008, Exp. N° 02022-2008-PHC/TC, y en la STC de 7 de mayo de 2009, Exp. N° 03753-2008-PHC/TC.

<sup>5</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima, Gráfica Horizonte, 1999, pp. 44 y ss.

infracción administrativa. De esta manera, contrariamente a lo defendido por autores importantes como Günther JAKOBS, no es posible afirmar que el riesgo penalmente permitido es infringido mediante la violación de un precepto administrativo, o que la peligrosidad de una conducta, o el resultado peligroso o lesivo quedan demostrados o agotados con la simple realización de una infracción administrativa.

En consecuencia, la necesidad de reconocer la accesoriedad administrativa, sumada a una concepción material de bien jurídico-penal, conduce a sostener un modelo penal económico sólo **relativamente dependiente** del Derecho administrativo. Ello significa que el injusto penal no se realiza con la mera infracción administrativa, pues acorde con el principio de lesividad, deberá acreditarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado.

**§6. El riesgo permitido.** A juicio de ROXIN la elaboración dogmática en torno al riesgo permitido se halla aún en sus inicios, pero pese a que sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad, es utilizado en múltiples contextos. Esta misma apreciación ha hecho suya para el Derecho español PAREDES CASTAÑÓN, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio del riesgo permitido en el Derecho penal. En el caso de la doctrina nacional, esta institución ha sido abordada en el plano general, aunque con especificaciones en el Derecho penal económico<sup>6</sup>.

Entre la diversas posturas en torno la noción de riesgo permitido, se observa la que equipara riesgo permitido con adecuación social (ENGISCH, WELZEL), con lo que las arduas polémicas que sobre la adecuación social se mantuvieron en el pasado han sido endosadas al concepto de riesgo permitido, al extremo de privarlo del reconocimiento que por separado pueden adquirir ambas categorías dogmáticas.

Un segundo sector se aleja de la noción de adecuación social y reduce el marco del riesgo permitido para los supuestos de consentimiento

<sup>6</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General*. T. I. 2ª ed. Lima, 2007, pp. 349 y ss.

en una actuación imprudente (LENCKNER) o como un principio estructural común a todas las causas de justificación (MAIWALD, JESCHECK). Antes bien, otra parcela doctrinal ha negado su relevancia en los delitos dolosos y sólo lo acepta como causa de justificación en los delitos imprudentes, con lo que en la noción de «riesgo permitido» se incardinan múltiples grupos de casos que bien pueden ser reconducidos o resueltos mediante las causas de justificación clásicamente aceptadas (LENCKNER).

Frente a estas posturas, KINAPFEL, ROXIN y HIRSCH entienden que «si se quiere solucionar los casos de riesgo permitido en el marco de las causas de justificación reconocidas, ya no es necesario ese concepto como instituto jurídico autónomo, por lo que cabría pensar en su total rechazo».

Sobre esta consideración orientada a evitar dualidades conceptuales, viene asentándose en la doctrina penal el tratamiento del instituto del riesgo permitido en el terreno de la imputación objetiva del resultado. Como ha detallado MARTÍNEZ ESCAMILLA, en los delitos de comisión, la imputación objetiva permite excluir la tipicidad de aquellos comportamientos que pese a ser la causa natural de un resultado peligroso o lesivo para un bien jurídico, no crean un riesgo penalmente relevante o, en todo caso, dicho riesgo no se materializa en un resultado de lesión o de peligro concreto para el interés tutelado.

Aquí se defiende una concepción dualista del injusto penal, es decir que éste se fundamenta tanto en el disvalor del comportamiento, como en el disvalor del resultado<sup>7</sup>. Ello significa que para que un sujeto sea merecedor de una pena, no basta con que haya emprendido la realización de un comportamiento que con carácter general pueda considerarse peligroso, como por ejemplo la conducción de un coche a una velocidad no permitida que es un conducta a desvalorar (disvalor de la conducta), sino que será necesario además acreditar que en el caso concreto se puso en concreto peligro o se lesionó el bien jurídico-penal, es decir que la afección del bien constituye el disvalor del resultado.

<sup>7</sup> CARO CORIA, cit., pp. 406 y ss.

En esa línea de ideas, la imputación objetiva opera en el ámbito de la tipicidad, permitiendo excluir la relevancia penal básicamente en dos grupos de casos: 1) frente a las conductas que carecen de un disvalor de acción, lo que puede ocurrir a juicio de ROXIN cuando la acción se enmarca dentro del riesgo permitido, y, 2) cuando el comportamiento, pese a que infringe el riesgo permitido, no da lugar o no se realiza en un resultado de peligro o de lesión para el bien jurídico.

Consecuentemente, debe concluirse con ROXIN que el riesgo permitido es «una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello (...) excluye ya la imputación al tipo objetivo».

**§7.** Como resumen de lo hasta aquí señalado, cabe precisar tres conclusiones:

- 1) La presencia de normas administrativas que regulan actividades riesgosas sujetas al control penal, plantea el problema de si la regulación administrativa tiene alguna trascendencia o no en la interpretación de los tipos penales.
- 2) La respuesta a esa interrogante depende en buena cuenta de cómo se definan la relación entre el Derecho administrativo y el Derecho penal económico, relación que según lo aquí defendido debe plantearse sólo en términos de relativa dependencia o relativa accesoriedad, es decir que el Derecho penal no puede sancionar meras infracciones administrativas, pero tampoco puede desentenderse del sentido y modo en que el Derecho administrativo protege el orden económico. De esa manera, el Derecho penal económico debe partir de las previsiones administrativas y sobre esa base mínima sancionar los comportamientos que afectan bienes jurídico-penales.
- 3) La discusión dogmática en torno al «riesgo permitido» no afecta para nada su valor para la teoría de la imputación objetiva, según la cual un resultado

lesivo o peligroso para el bien jurídico no es objetivamente imputable a una conducta cuando ésta se considera como permitida o tolerada.

### III

§8. Si en coherencia con el principio de ultima ratio, se entiende que la infracción penal debe ser más grave que la administrativa, habrá que admitir entonces, junto con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que el límite máximo de riesgo penalmente permitido debe ser mayor que el previsto para el ilícito administrativo. Ciertamente, en contra de lo defendido por JAKOBS, el riesgo penalmente permitido no puede equiparse con el riesgo que se permite en sede administrativa, pues en tal caso desaparecería la frontera penal-administrativa y caería por tierra el principio de última *ratio*.

En efecto, volviendo a uno de los casos citados al inicio, si la empresa minera realiza un vertido violando el límite de tolerabilidad previsto por las normas administrativas, pero a consecuencia de ello no se produce ningún daño o peligro para el ambiente, sólo habrá lugar para la imposición de una sanción administrativa puesto que tan sólo se ha infringido el límite máximo del riesgo administrativamente permitido. No cabe pues la imposición de una pena ante la mera ilicitud administrativa.

En ese sentido, un sistema penal de la lesividad reclama la necesidad de articular la noción de riesgo penalmente permitido con el peligro para el bien jurídico. Dicho de otra manera, el límite máximo de riesgo permitido por el Derecho penal debe determinarse en función de los límites de protección del bien jurídico-penal.

Con esto nos situamos ante un problema que aún viene suscitando una importante discusión en el Derecho penal económico. Para un grueso sector de la doctrina, la instrumentación de tipos de peligro abstracto es irrenunciable si se pretende alcanzar un mínimo grado de eficacia. Pero la aceptación de esta premisa no es pacífica pues para un importante sector (BUSTOS RAMÍREZ, MAQUEDA ABREU, LAURENZO COPELLO, FARALDO CABANA, MENDEZ RODRIGUEZ Y GARCÍA RIVAS) que particularmente he

refrendado en trabajos anteriores<sup>8</sup>, la protección de los bienes jurídicos colectivos, como los del Derecho penal económico, puede erigirse eficazmente recurriendo a fórmulas acordes con el principio de lesividad, es decir mediante tipos de peligro concreto y de lesión, lo que conduce a renunciar a toda manifestación de peligrosidad abstracta.

No es posible ocuparnos ahora de esta importante cuestión, pero si debe dejarse en claro que más allá de cualquier discrepancia constatable en la doctrina científica, actualmente se considera que la exigencia mínima para la intervención penal se concreta en un disvalor de acción consistente en la peligrosidad *ex-ante* de la conducta. Ello quiere decir que el juicio de peligrosidad de la conducta debe realizarse desde una perspectiva *ex-ante*, es decir que el Juez deberá situarse contextualmente en el momento de realización de la conducta, y preguntarse desde allí si el comportamiento emprendido por el autor puede llegar a concretarse en un resultado de peligro concreto o de lesión para el bien jurídico. Así por ejemplo, el que conduce un coche en estado de ebriedad por una carretera abandonada no realiza una conducta peligrosa, sino apenas una infracción administrativa. Igualmente, el empresario que realiza emanaciones gaseosas al ambiente violando las disposiciones administrativas, pero cuenta con el dato científico de que la acción del viento puede reciclar la calidad del aire, entonces no existe infracción penal, dado que al momento de la conducta se sabe que el peligro está excluido.

Estas ideas han motivado que las críticas contra el peligro abstracto por su incompatibilidad con el principio de lesividad, se busquen superar mediante la exigencia de una relación de peligrosidad para el bien jurídico. Ello quiere decir que el Juez deberá constatar en el caso concreto si el comportamiento que infringe una norma administrativa además implica una posibilidad de peligro o lesión del bien jurídico, de allí que se hable en la doctrina de «peligro hipotético» y de «peligro posible». Como precisa MEYER, la acción no sólo debe infringir la prohibición que formal-mente instaura la norma

<sup>8</sup> CARO CORIA, cit., *passim*, en especial pp. 506 y ss.

administrativa, sino que además, y allí radica su contenido material, debe ser apta para realizarse en un resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico.

De esta manera, entendido el peligro abstracto como peligrosidad, se logra delimitar lo que actualmente se considera como la exigencia mínima para la intervención penal: **el disvalor de la acción o del comportamiento**. Esto quiere decir que la intervención penal queda excluida de plano allí donde no exista al menos la peligrosidad de la conducta que infringe una disposición administrativa. Por ende, es posible concluir que el límite máximo del riesgo penalmente permitido debe instaurarse en la esfera inmediatamente anterior a la peligrosidad para el bien jurídico, o dicho de otro modo, a la realización de una conducta *ex-ante* peligrosa.

§9. En este orden de ideas, a la pregunta sobre la utilidad práctica o el valor de las disposiciones administrativas en la determinación del riesgo penalmente permitido debe responderse lo siguiente:

1. Como señalan PRATS CANUT Y GONZÁLEZ GUITIAN, la legislación administrativa **promueve la seguridad jurídica** en el Derecho penal económico, pues en la medida en que ella establece mandatos o prohibiciones en un contexto altamente funcionalizado, el ciudadano tiene menos dificultades para reconocer sus deberes y facultades. Por el contrario, cuando no existe regulación administrativa puede suceder frecuentemente que el ciudadano se halle prácticamente incapacitado para reconocerlos, lo que puede originar exitosos alegatos sobre actuaciones bajo error de tipo o de prohibición.

2. Cumple una **función garantista**, pues el ciudadano que adecue su conducta a las previsiones administrativas, siempre que estas no sean ilícitas, podrá alegar tanto la ausencia de infracción administrativa como de infracción penal, precisamente porque no se ha superado el riesgo permitido.

3. Ahora bien, en los casos en los que si se infringe el precepto administrativo, debe entenderse con PARÉDES CASTAÑÓN y DE LA CUESTA AGUADO que la infracción administrativa cumple una mera **función indiciaria**, *ratio cognoscendi* si se quiere, sobre la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía, no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan ser tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como «indicio de peligrosidad», de modo que el Juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico.

Esta línea de ideas debe conducirnos a una nueva lectura por ejemplo del delito contable, de modo que para la tipicidad sea insuficiente la infracción del deber formal tributario de llevar libros de contabilidad, previsto en los artículos 87 numeral 4 y 175 del Código Tributario. Ciertamente, debe tomarse prudente distancia de interpretaciones como la de BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO en el sentido de que aquí se sanciona la pura ilicitud administrativa. Por el contrario, acorde con el principio de lesividad deberá acreditarse, como defienden a su vez TERRADILLOS BASOCO o BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, la peligrosidad para el bien jurídico Hacienda Pública, es decir que no cabe la sanción por ejemplo, cuando el obligado tributario puede confeccionar con certeza los libros contables en orden al pago del tributo debido.

De modo similar, la tipicidad del delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas del artículo 4 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos no puede limitarse a la simple expiración del término de 30 días calendario previsto en el artículo 17 de la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 838-2008, sin que el Oficial de Cumplimiento de un Banco haya cumplido con reportar la operación ante la UIF-Perú como sospechosa. Una mínima exigencia de lesividad demanda la constatación de que esa omisión se relacione, en efecto, con

operaciones que potencialmente infrinjan los tipos de lavado de activos en sus modalidades de conversión o transferencia (artículo 1 de la Ley N° 27765), u ocultamiento o tenencia (artículo 2 de la Ley), o dicho de otro modo, la conducta omisiva del oficial de cumplimiento debe ser, al menos, *ex ante* peligrosa para el objeto de tutela penal en el lavado de activos, objeto que desde mi punto de vista se concreta en las expectativas del sistema de justicia de identificar, incautar y/o decomisar los productos, efectos o beneficios del delito antecedente, previo o fuente.

**§10.** Como puede verse de lo aquí reseñado, la regulación administrativa tiene una indiscutible trascendencia en el Derecho penal económico. Por ello ROXIN entiende que la presencia de reglas de cuidado y precauciones de seguridad en el Derecho administrativo son prueba de la existencia del riesgo jurídicamente relevante. Tal importancia ha motivado en nuestro sistema jurídico que el legislador instaure un conjunto de previsiones orientadas a que el Juez Penal cuente con la información técnica relativa al contenido de las previsiones administrativas.

De ese modo, por ejemplo la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822 en el caso de los delitos contra los derechos de autor, y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1075 en el caso de los delitos contra la propiedad industrial, establecen para varios delitos económicos la observancia de un requisito de procedibilidad cuya inobservancia puede dar lugar a la nulidad de todo lo actuado en la investigación penal. Tal requisito se concreta en el Informe Técnico que el Fiscal de la causa debe solicitar al INDECOPI antes de formalizar la denuncia penal respectiva por delitos contra los derechos de autor o contra la propiedad industrial. La exigencia del informe constituye una «condición procesal», es decir un presupuesto procesal definido legalmente que debe satisfacerse antes de ejercitarse la acción penal, de modo que su inobservancia da lugar a la procedencia de una cuestión previa (artículos 4 y 77 del Código de Procedimientos Penales, y artículo 4 del Código Procesal Penal de 2004), que incluso puede declararse de oficio por el Juez

y tiene como secuela la declaración de nulidad de todo lo actuado en sede judicial<sup>9</sup>.

De similar forma, en los delitos financieros y otros, la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26702, precisa que deberá recabarse el Informe Técnico de la Superintendencia de Banca y Seguros, «en toda denuncia de carácter penal que se interponga contra una empresa del Sistema Financiero y de Seguros o sus representantes, así como cualquier otra supervisada». A su vez, en los delitos ambientales, el artículo 149 numeral 1 de la Ley General del Ambiente N° 28611 establece que «En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritudo por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente».

El contenido de estas y otras previsiones similares en nuestro sistema jurídico, no deben implicar desde luego la renuncia a las facultades interpretativas de la legislación extra penal por parte del Fiscal o del Juez, de modo que se privilegie la interpretación que sobre el derecho, o peor aún sobre los hechos, realicen las autoridades administrativas. La función de estas disposiciones se agota en la puesta a disposición de las autoridades penales, del material probatorio y jurídico administrativo en base al cual el Fiscal o el Juez deberán construir o deducir la regla de cuidado o los niveles de riesgo permitido en cada caso concreto.

**§11.** Pues bien, indudablemente la discusión de estas interesantes cuestiones excede largamente

<sup>9</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *La intervención previa del Indecopi en el proceso penal: un modelo para desarmar*. En: *Thémis*, N° 27-28/1994, pp. 223-224.

las pretensiones de esta breve presentación. Antes bien, el entendimiento de la importancia que la noción de riesgo permitido cobra en el orden penal económico, es tan sólo una arista del universo de problemas al que se enfrenta el Derecho penal de la sociedad post-moderna, en la que es impensable renunciar a los beneficios que trae consigo los riesgos de la técnica.

Que «el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente» como señalara Franz von Liszt o «la pena una amarga de necesidad» en palabras de Hans Schultz, son pluralizadas expresiones que componen el repertorio penal contemporáneo y al que seguramente habrá que añadir la que constata la instauración de un «Derecho penal de las sociedades de riesgo», contexto en el que precisamente se incardina la noción de riesgo permitido, como punto de partida para la construcción de un sistema de imputación en un ámbito, reitero, altamente funcionalizado, como el del Derecho penal económico.

**ESTUDIO INTRODUCTORIO DE LA  
IMPUGNACIÓN Y EL RECURSO DE  
CASACIÓN EN EL NUEVO CODIGO  
PROCESAL PENAL\***

Luis Fernando Iberico Castañeda\*\*

**I. La impugnación**

“Como medio de impugnación consideramos el acto del sujeto procesal orientado a anular o a reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa por el mismo juez u otro diferente o por otro superior.

El medio de impugnación inicia una nueva fase que se enlaza a la que está en curso (lo que sucede la mayor parte de las veces), o hace revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido (recursos contra la cosa juzgada)”<sup>1</sup>.

Beling precisa que “Aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella. En efecto, la posibilidad de que los hombres puedan errar y de que incluso pueda haber mala voluntad hace posible que la resolución no se haya dictado como debía dictarse. La Ley permite, por lo tanto, en muchos casos (aunque no en todos) su impugnación, desarrollando ciertos tipos de actos procesales, que puedan denominarse, en defecto de una expresión legal, remedios (sobre el concepto remedio volveremos al tocar el tema sobre clases de medios impugnatorios), y que están encaminados a provocar de nuevo el examen de los asuntos resueltos”<sup>2</sup>.

\* Este trabajo ha sido publicado en la *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura N° 9: Artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal*, Tomo II, Lima, julio 2010.

\*\* Profesor de la Academia de la Magistratura y del Instituto de Formación Bancaria (IFB – ASBANC). Investigador Principal del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

<sup>1</sup> FLORIAN, Eugene. *Elementos de derecho procesal penal*. Serie clásicos del derecho procesal penal Vol. 1. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001. p.230.

<sup>2</sup> BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Miguel Fenech. Editorial labor S.A., España, 1943. pp. 247-248.

Monroy Gálvez, sobre la impugnación, sostiene que es el “Instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente”<sup>3</sup>.

De las definiciones antes mencionadas, podemos concluir que dos son los elementos esenciales de la impugnación, por un lado la existencia del agravio o perjuicio, que es finalmente lo que va a dotar de legitimidad a la parte impugnante, y la revisión o reexamen, que va a pretender el impugnante respecto del acto procesal que le ha generado agravio. Esta pretensión de reexamen se puede manifestar a través de dos objetivos (llamados también pretensiones impugnativas) o de anulación o de revocación de la decisión jurisdiccional cuestionada, lo que dependerá de la naturaleza del yerro judicial (procesal o sustantivo).

Los medios impugnatorios son entonces mecanismos procesales establecidos legalmente que permiten a los sujetos legitimados procesalmente, peticionar a un Juez o a su superior reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado un perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada. Revisión que puede realizarse o dentro del mismo proceso en donde se emitió el acto procesal cuestionado, o en un proceso autónomo, lo que dependerá de la calidad de firmeza o de cosa juzgada de dicho acto manifestado a través de una decisión jurisdiccional, tema sobre el que regresaremos mas adelante. En este sentido Devis Echandía, señala que la noción de impugnación es genérica e incluye cualquier modo de repeler un acto procesal o varios, e inclusive a todo el juicio, sea en el curso del mismo o en otro posterior<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil* en “La formación del proceso Civil Peruano. Escritos Reunidos”. Comunidad, Lima, mayo 2003, p. 196.

<sup>4</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid, 1968, p. 664.

## II. Naturaleza jurídica de la impugnación

Este es un tema respecto del cual no existe coincidencia en la doctrina, pudiendo apreciarse hasta cuatro posiciones al respecto.

1. El derecho de impugnación es un derecho abstracto derivado del derecho de acción o en todo caso se halla vinculado a éste.

Dentro de esta posición se enmarca Vescovi, quien al referirse a la impugnación señala: “Esta vinculación con el derecho de acción (...) hace que se deba concluir, también en este caso, que se trata de un derecho abstracto, que no está condicionado a la existencia real del defecto o injusticia. O dicho de otra manera, que no interesa que quien recurra tenga un derecho concreto; basta que se invoque su poder (abstracto) para que se le permita ejercer la actividad impugnativa, aunque luego, como sucede con la acción se le deniegue el derecho. O, inclusive, como acaece con la demanda (...) que se la rechace por defectos formales sin darle curso.”<sup>5</sup> En consonancia con esta posición, Fairen Guillén sostiene que la impugnación constituye una continuidad de la fuerza de la primitiva acción y su desarrollo en la pretensión, las cuales no se agotan con la resolución gravosa.<sup>6</sup>

2. El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a un debido proceso.
3. La impugnación es una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

Binder precisa que a través de los medios de impugnación se cumple con el principio de control, que es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal. Este mismo autor entiende a la impugnación como el establecimiento de un

<sup>5</sup> VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 13 - 14.

<sup>6</sup> FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina general del derecho Procesal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1990, p. 479.

procedimiento que desencadena un mecanismo real de control sobre el fallo que va a ser ejercido por un órgano superior dotado de suficiente poder para revisarlo.<sup>7</sup>

A nuestro parecer, si bien la impugnación sirve como un mecanismo de control jerárquico jurisdiccional, ello en modo alguno significa que esa sea su naturaleza, por cuanto, como veremos mas adelante, la impugnación está regida por el principio dispositivo, lo que implica que el mecanismo impugnatorio sólo puede iniciarse a instancia de parte legitimada, en ese orden de ideas la posibilidad de control jerárquico jurisdiccional estaría condicionado a la voluntad de las partes, esto es la eficacia de su naturaleza dependería de ella. Sin embargo lo señalado, si debemos precisar que una vez iniciado el mecanismo impugnatorio, sin duda alguna el órgano de revisión ejercerá su función de control, lo que será mucho mas evidente, en el contexto de la casación, en donde por aplicación de los fines de unificación y de control normativo, la Sala Casatoria, constituida por un Colegiado conformante del máximo nivel de la judicatura nacional, priorizará el interés social manifestado a través del *ius contitucionae*.

4. El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

San Martín Castro señala que la existencia de la impugnación (...) responde a un imperativo constitucional, incluso es contenido de un derecho fundamental y que, de no estar explícitamente considerado en el art. 139° 6. Implícitamente lo estaría en el art. 139° 3 de la ley Fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional<sup>8</sup>.

Siguiendo la posición de Chamorro Bernal, consideramos que el derecho a la impugnación (o el derecho al recurso legalmente establecido, según el referido autor) en tanto se incardina

<sup>7</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª Edición. 3ª Reimp. Ad Hoc, Buenos Aires, Enero 2004, pp. 286 - 287.

<sup>8</sup> SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal*. Volumen II. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1999, p. 674.

dentro del ámbito de lo que denomina el derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas, forma parte del plexo garantista de la tutela jurisdiccional efectiva<sup>9</sup>, así mismo, debemos coincidir con San Martín Castro, cuando señala que si bien su naturaleza es la de ser parte del contexto garantista de la tutela jurisdiccional efectiva, el constituyente peruano, le ha dado un tratamiento autónomo, tal como puede apreciarse en el inciso 6° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, al consagrar el principio de instancia plural que es una manifestación del derecho a impugnar.

La atribución impugnativa, también la encontramos reconocida en el contexto normativo internacional, tal como puede apreciarse en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.5° señala expresamente: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.2° h. señala que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, al derecho a recurrir el fallo ante Juez o Tribunal Superior.

## III. FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

Devis Echandia señala que el derecho de recurrir, cuya naturaleza es estrictamente judicial, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del Juez, que le causan gravamen o perjuicio<sup>11</sup>. Guash sostiene que “Se suele afirmar que el sistema de recursos tiene su justificación en la falibilidad humana y en la necesidad, con carácter general, de corregir los

<sup>9</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona 1994, pp. 79 y ss.

<sup>10</sup> El artículo 4° del Código procesal Constitucional, acuña el término de tutela procesal efectiva, dentro del cual incluye “el derecho a acceder a los medios impugnatorios regulados”.

<sup>11</sup> DEVIS ECHANDIA, Compendio de derecho procesal. Editorial ABC, Bogotá, 1996, p. 562.

errores judiciales”<sup>12</sup>. En igual sentido Gozaini señala que “La finalidad que persigue el reexamen de decisiones que no conforman es posible en tanto se coincide en señalar la falibilidad humana (“los jueces también son hombres” decía CALAMANDREI) y la aspiración de justicia en cada situación particular<sup>13</sup>.”

El fundamento de la impugnación, es pues, la falibilidad, como característica propia de todo ser humano en general, y por ende también, de los jueces en particular, cuyos yerros, en el ejercicio de su función jurisdiccional, tienen mucha mayor trascendencia e implicancia, porque decide respecto de pretensiones ajenas a las propias<sup>14</sup>.

Carnelutti, señal, que la palabra “impugnación” alude a un combate, en el cual el verdadero adversario no es tanto la otra parte cuanto el juez *a quo*. No se puede disimular si se quiere llegar al fondo, que en el denominado proceso de impugnación, él tiene una posición que no difiere mucho de la de un imputado; se le imputa en verdad, ya que no una culpa, al menos un error, incluso mas que un error, en cuanto de ese error depende un daño sufrido por la parte vencida<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> GUASH, Sergi. *El sistema de impugnación en el Código Procesal Civil del Perú. Una visión de derecho comparado con el sistema español*, en Derecho Procesal Civil. Congreso internacional, Lima, 2003. Colección Encuentros. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, p. 166.

<sup>13</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Recursos judiciales*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 10.

<sup>14</sup> Delgado Suárez, siguiendo a Nelson Nery Jr. y Rosa Pascual Serrats, adiciona como fundamento de la impugnación al subjetivismo humano, el que según dicho autor, nos coloca naturalmente en contra de la decisión desfavorable, de suerte que el sentimiento psicológico del ser humano hace que tenga reacción inmediata a la sentencia en cuestionamiento, obligándonos a pretender, por lo menos, un nuevo juzgamiento sobre la misma cuestión. En: DELGADO SUAREZ, Christian. *Introducción al estudio del principio de fungibilidad como atenuación de la adecuación recursal*, en Revista peruana de derecho Procesal N° 14 Año XIII, Editorial Comunitas, Lima, 2009. P. 25.

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Santis Melendo; Ediciones Jurídicas

Esta posibilidad de falibilidad judicial, se manifiesta a través de decisiones judiciales que pueden contener o vicios o errores. Los vicios o errores *in procedendo*, son consecuencia de una aplicación indebida o inaplicación de normas de carácter adjetivo, que traen como consecuencia irregularidades en la estructura de la decisión judicial o en el procedimiento seguido para su emisión, en tal sentido los vicios ocurren o por defecto de trámite (inobservancia de la norma ritual) o por defecto en la estructura de la resolución, que se traduce en defectos de motivación.

Los errores o *errores in iudicando* son consecuencia de una inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material<sup>16</sup>. El error es propio de las decisiones jurisdiccionales y no de los actos anteriores a su emisión<sup>17</sup>.

Los errores *in iudicando* pueden ser *in facto* o *in iure*. Serán *In facto* cuando la resolución aparece fundada en un supuesto fáctico falso o incorrectamente interpretado<sup>18</sup>. Este error solo puede ser deducido ante los llamados jueces del mérito (como el juez de apelación) y no ante el Juez de casación (...)<sup>19</sup>. Y serán *in iure* cuando a causa de no haberse comprendido adecuadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma distinta a la que debió en realidad aplicarse o se asigna a la norma aplicable un alcance equivocado<sup>20</sup>. Este error se lo puede deducir tanto ante los jueces del mérito como ante la Corte de Casación<sup>21</sup>.

Europa-América E.J.E.A. Buenos Aires, 1971, p. 262.

<sup>16</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Op. Cit.*, pp. 199-200.

<sup>17</sup> Al respecto puede revisarse MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo V. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970, Buenos Aires, 1954, p. 6.

<sup>18</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. 2º Ed, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 25.

<sup>19</sup> MANZINI, V. *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>20</sup> PALACIO, L. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>21</sup> MANZINI, V. *Op. Cit.*, p. 6.

#### IV. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

Cortés Domínguez señala que existen recursos que son impugnaciones en sentido estricto y que tienen como finalidad obtener la nulidad o rescisión de la resolución judicial, pero además existen recursos que deben ser entendidos como verdaderos medios de gravamen, por cuanto su finalidad es obtener una resolución judicial que sustituya a la impugnada<sup>22</sup>.

Guash por su parte nos indica que hay que diferenciar entre lo que son recursos y lo que son las acciones de impugnación, entendiéndose por las primeras a los medios impugnatorios que se dirigen a cuestionar sentencias que no han adquirido firmeza, es una impugnación al interior de un proceso y no implica el ejercicio de una nueva acción dirigida a iniciar un nuevo proceso, son pues, los recursos, medios impugnatorios que sirven para pasar de un grado a otro de la jurisdicción sin romper la unidad del proceso; por el contrario, las acciones de impugnación sirven para cuestionar sentencias firmes, pudiendo por ende, concebirse como el ejercicio de una nueva acción de carácter constituido que debe originar un nuevo proceso, citando como ejemplo el proceso civil de revisión (legislación española)<sup>23</sup>.

Hitters, citando a Calamandrei y Chiovenda, distingue entre medios de gravamen y acciones de impugnación, y en líneas generales se pondría mencionar que los medios de gravamen son los que se interponen dentro de un mismo proceso y evitan la formación de cosa juzgada, en cambio las acciones de impugnación originan un nuevo proceso<sup>24</sup>.

Monroy Gálvez, comentando el Código Procesal Civil, señala que los medios impugnatorios se clasifican en remedios y recursos, siendo los remedios los medios impugnatorios a través de los que los sujetos procesales legitimados piden

<sup>22</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Op. Cit.*, pp. 633-634.

<sup>23</sup> GUASH S. *Op. Cit.*

<sup>24</sup> HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos ordinarios*. 2ª Ed, Librería Editora Platense. La Plata-

Argentina, 2004, pp. 31-35.

se re examine todo un proceso a través de uno nuevo o, por lo menos, el pedido de reexamen está referido a un acto procesal, siendo su rasgo distintivo el estar destinado a atacar cualquier acto procesal, salvo aquellos que se encuentran contenidos en resoluciones, porque justamente para atacar los actos procesales contenidos en resoluciones judiciales existen los recursos<sup>25</sup>.

Consideramos, desde una perspectiva global de la impugnación, que estos mecanismos procesales se clasifican de la siguiente manera:

**1. MEDIOS IMPUGNATORIOS EXTRA PROCESO O ACCIONES DE IMPUGNACIÓN**, que permiten cuestionar decisiones jurisdiccionales que tienen la calidad de firmeza o han adquirido la condición de cosa juzgada formal, cuestionamiento que, en general se ejercita a través de una nueva acción y que genera un proceso autónomo al proceso en donde ocurrió el acto procesal impugnado. Dentro de este rubro podemos citar, a la acción de revisión, o a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, o incluso a las acciones de garantía constitucional, como el amparo o el habeas corpus.

**2. MEDIOS IMPUGNATORIOS INTRA PROCESO**, que permiten cuestionar decisiones jurisdiccionales dentro del mismo proceso, y que por ende no se tratan de decisiones firmes ni mucho menos con calidad de cosa juzgada, por el contrario el empleo de dichos medios impugnatorios, normalmente, permite subir de grado jurisdiccional, a fin que el órgano jerárquico superior al que emitió la decisión cuestionada, pueda revisarla, pero todo dentro del mismo proceso.

Los medios impugnatorios intra proceso se clasifican en recursos y remedios, siendo los primeros los que sirven para cuestionar decisiones contenidas en resoluciones judiciales, como la apelación o la casación; en cambio los segundos son empleados para cuestionar actos procesales no contenidos en resoluciones, como es el caso de los decretos (por ello es que dentro de este criterio, constituye un error haberle otorgado a la reposición la calidad de recurso). Como ejemplos de remedios procesales hallamos el importante

<sup>25</sup> MONROY GALVEZ, J. *Op. Cit.*, pp. 197-198.

campo de los incidentes de nulidad que pueden ser planteados respecto de actos procesales, tales como notificaciones, actos de asunción de pruebas, etc. (pero no comprenden la nulidad de resoluciones judiciales que se deduce por vía de recursos<sup>26</sup>)<sup>27</sup>.

#### V. Concepto y clasificación de los recursos

Los recursos son medios impugnatorios intra proceso que sirven para cuestionar decisiones contenidas en resoluciones jurisdiccionales, o como señala Armenta Deu, son medios impugnatorios a través de los cuales las partes pretenden la modificación o anulación de una resolución judicial aún no firme que les perjudica o causa gravamen<sup>28</sup>. Respecto a ellos existen una serie de criterios de clasificación, a continuación exponemos algunos de ellos:

##### 1. Por el órgano revisor

Los recursos se clasifican en propios e impropios, en el primer caso, el órgano de revisión es el superior de aquel que emitió la resolución cuestionada, en el segundo caso, es el propio órgano emisor quien tiene a su cargo el reexamen. El recurso de casación es un recurso propio.

##### 2. Por la atribución del órgano revisor

Aplicable únicamente a los recursos propios, que pueden ser positivos o negativos. Serán positivos cuando el órgano jurisdiccional superior tiene la atribución, además de declarar la ineficacia del contenido de la resolución cuestionada, declarar el derecho que corresponde en lugar de aquel cuya ineficacia ha sido declarada; en cambio en los negativos, el órgano jurisdiccional superior tiene la atribución de dejar sin efecto el contenido

<sup>26</sup> El artículo 382 del Código Procesal Civil establece que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.

<sup>27</sup> DE SANTO, Víctor. *Tratado de los recursos*. Tomo I Recursos ordinarios. 2ª edición actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 113-114.

<sup>28</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 279.

de la resolución cuestionada y además de ordenar al inferior emita una nueva resolución.

El recurso de casación, en el NCPP, puede tener naturaleza positiva o negativa, ya que el artículo 433 señala que en sede casatoria la Sala Penal de la Corte Suprema, de declarar fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la resolución impugnada, podrá decidir por si el caso (es decir dictar el derecho que corresponde) u ordenar el reenvío del proceso, en el primer supuesto el efecto es de naturaleza positiva y en el segundo es de naturaleza negativa.

### 3. Por las formalidades exigidas

Según este criterio, los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Los recursos ordinarios son aquellos que basta para su interposición y posterior concesión el cumplimiento normal de los requisitos de admisibilidad y procedencia, básicamente la fundamentación del mismo precisando el vicio o error en que se ha incurrido al dictar la resolución cuestionada. El típico ejemplo de recurso ordinario es la apelación. Los recursos extraordinarios, son de carácter excepcional, no proceden contra cualquier tipo de resolución judicial y requieren el cumplimiento de un mayor número de requisitos de admisibilidad y procedencia, que la mera argumentación del mismo, el típico ejemplo de recurso extraordinario es la casación<sup>29</sup>. Es importante precisar que la calidad de excepcionalidad de este tipo de recursos está dada por la amplitud de requisitos de admisibilidad ha cumplir (formalidad), el limitado material impugnado (resoluciones susceptibles de ser cuestionadas) y las causales tasadas de interposición, y no a su frecuencia de uso por parte de los sujetos procesales legitimados.

## VI. Los recursos. Principios que orientan su aplicación

### 1. Principio de legalidad o taxatividad

Sólo pueden interponerse los recursos expresamente previstos en la ley. Lo que significa que los recursos sólo pueden ser creados por ley y

<sup>29</sup> SAN MARTÍN CASTRO, C. *Op. Cit.*, p. 689.

por ende no tienen cuño jurisprudencial. Este principio es recogido por el inciso primero del artículo 404 del Nuevo Código Procesal Penal que señala: “Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley”. En el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 se señala que uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley.

### 2. Principio de formalidad

Los recursos deben – por regla – ejercitarse de conformidad con el procedimiento prescrito por los códigos rituales<sup>30</sup>. Una manifestación de este principio es el llamado principio de consumación, según el cual cuando el justiciable ha elegido una vía recursal de manera errónea ya no puede subsanar su error aunque el plazo de interposición previsto legalmente aún no se haya cumplido. Este principio de consumación, entendemos no ha sido acogido por nuestro sistema recursal.

Las formalidades comunes a todo el sistema recursal del Nuevo Código procesal Penal se hallan previstas en su artículo 405.

### 3. Principio de adecuación

Este principio busca identificar la compatibilidad entre el recurso y los efectos del mismo, con el acto que se pretende cuestionar con aquel, de donde se puede concluir que un recurso será adecuado cuando los efectos del mismo sirvan para detener las consecuencias del acto procesal que se impugna.

### 4. Principio de unicidad o especialidad o singularidad

Generalmente la propia ley establece un determinado recurso para impugnar determinadas resoluciones, de forma tal que “cuando corresponde uno normalmente no se admite

<sup>30</sup> HITTERS, J. *Op. Cit.*, p. 56.

otro”<sup>31</sup>, o como señala Hitters, este principio significa que cada resolución, generalmente, tolera un solo carril de impugnación y no varios<sup>32</sup>. A este principio se contraponen la llamada doctrina del recurso indiferente, de origen alemán que permite la interposición de varios medios impugnatorios a la vez para atacar la misma decisión jurisdiccional, correspondiéndole al órgano jurisdiccional elegir la vía impugnatoria que permita más rápidamente obtener la decisión final.

San Martín Castro comentando el artículo 328 del Código procesal penal de 1991, cuya redacción es similar al inciso primero del artículo 404 del Nuevo Código procesal penal, señala: “es de tener presente que la norma en mención lo que impide es la regla de la interposición subsidiaria de un recurso con otro al acoger el modelo de la unicidad de los recursos”<sup>33</sup>.

El Tribunal Constitucional, ha hecho referencia expresa a los principios analizados, en la STC N° 0478-2005-PA/TC (LIMA) de fecha 28 de octubre de 2005, donde señala: “(...) el tema de la impugnación regido por los principios de legalidad y especialidad, de modo tal que el justiciable no puede ofrecer medios impugnatorios no pre-vistos en la ley ni utilizar arbitrariamente alguno de los que conforman el catálogo de medios para destinarlo específicamente a cuestionar resolución de tipo distinto a la que le causa agravio, en una suerte de aplicación del proscrito “Recurso indiferente” no aceptado por nuestro sistema recursivo”.

### 5. Principio de trascendencia

Para que se pueda interponer un recurso es necesario que el sujeto legitimado para hacerlo haya sufrido un agravio o perjuicio o gravamen, como quiera llamársele, con la resolución que es materia de impugnación. Precepto que se halla recogido en el literal a) del inciso primero del artículo 405 del Nuevo Código Procesal Penal. De Santo sostiene que como acto procesal de

<sup>31</sup> SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, mayo 2004, p. 858.

<sup>32</sup> HITTERS, J. *Op. Cit.*, pp. 55 a 58.

<sup>33</sup> SAN MARTÍN CASTRO, C. *Op. Cit.*, p. 680.

parte, constituye requisito subjetivo de admisibilidad de todo recurso el interés de quien lo plantea. Determina este interés la existencia de un gravamen, o sea de un perjuicio concreto resultante del pronunciamiento, que afecta al recurrente y consiste, en términos generales, en la disconformidad entre lo solicitado y lo resuelto<sup>34</sup>.

### 6. Principio dispositivo

Los recursos como mecanismos para el ejercicio del derecho de impugnación, sólo pueden ser interpuestos por los sujetos procesales legitimados, razón por la cual en nuestros sistema recursivo se eliminaron los llamados “recursos de oficio”, donde el cuestionamiento nacía del mandato de la propia ley y era autónomo a la voluntad de las partes.

Gozañi sostiene que los recursos se articulan y desenvuelven a pedido de parte, característica que demuestra, en primer lugar, la vigencia absoluta del principio dispositivo. Sea cual fuere el vicio de la sentencia –o el acto procesal– la iniciativa de revisión viene generada por el interés de quien resulta agraviado, siendo por lo tanto, una vía opcional o facultativa (...). En segundo término, no debe perderse de vista que, a partir de la decisión voluntaria de impugnar, se abre una nueva etapa en el proceso, esta vez a cargo exclusivo del órgano que debe resolver la queja (mismo Juez, o tribunal superior)<sup>35</sup>.

En este tema, llama la atención la regulación que el legislador ha dado a la nulidad procesal, instituto cuya naturaleza impugnatoria es innegable (remedios), y que por lo tanto su aplicación debe estar regida por el principio dispositivo, sin embargo apreciamos que han sido sacadas de la órbita estructural de la impugnación para incardinarlas en la sección primera del libro segundo del NCPP, dentro del rubro de preceptos generales de la actividad procesal, posibilitando la declaración de nulidades de oficio, es decir sin necesidad de alegación de parte, criterio de técnica legislativa que no compartimos, y que entendemos, constituye una manifestación más de la tendencia judicialista del NCPP, que permite controlar el proceso sin importar el uso de un

<sup>34</sup> DE SANTO, V. *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>35</sup> GOZAINI, O. *Op. Cit.*, p. 31.



mecanismo, que por naturaleza, es de ejercicio privativo de la parte<sup>36</sup>.

Vinculado al principio dispositivo se encuentra el principio de congruencia procesal, por el cual el órgano de revisión sólo puede pronunciarse respecto a lo que ha sido materia de impugnación. En ese sentido Ramón Teodoro Ríos nos señala “(...) El Tribunal que decide el recurso conoce del proceso sólo en cuanto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios, de tal modo que la manifestación concreta del impugnante acerca de los motivos por el que el fallo resulta injusto constituye la frontera de la competencia funcional del tribunal ad quem”<sup>37</sup>. Este principio, que se suele enunciar a través del aforismo latino “*tantum devolutum quantum appellatum*”, ha sido recogido por el inciso primero del artículo 409 del Nuevo Código procesal Penal, cuando señala que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, sin embargo el legislador amplía esta competencia para otorgarle al órgano revisor la capacidad también de declarar la nulidad sólo en caso que advierta la concurrencia de nulidades absolutas o sustanciales que no fueron materia de impugnación, esta ampliación de competencia, a nuestro criterio, implica una deformación del principio de congruencia procesal, y que en determinadas circunstancias podría incluso colisionar con el principio de la proscripción de la *reformatio in peius*.

<sup>36</sup> A nuestro criterio consideramos que en el NCPP, otro rezago de la “oficialidad” en la impugnación, lo constituye la institución de la discrepancia que puede efectuar el Juez de garantía respecto del pedido de sobreseimiento planteado por el representante del Ministerio Público, pretensionando que el Fiscal Superior modifique la decisión del provincial y le ordene la formulación de una acusación, lo que sin duda alguna constituye otorgar atribución impugnativa al juez respecto de la decisión fiscal, lo que, independientemente a vulnerar el principio acusatorio, genera una gran interrogante ¿cuál es el agravio del juez que lo legitima para impugnar?

<sup>37</sup> RÍOS, Ramón Teodoro. *Influencia de los principios acusatorio y de legalidad en la impugnación penal*, en Revista de Derecho Procesal 3: Medios de Impugnación. Recursos-II. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 373.

El principio dispositivo, no hace más que reconocer la eficacia impugnativa de la voluntad del sujeto legitimado. Voluntad que además puede manifestarse a través de otras dos instituciones estrechamente vinculadas al principio dispositivo: la adhesión y el desistimiento.

### 6.1. La Adhesión

“Existe adhesión al recurso cuando, frente a la oportuna interposición de un recurso vertical por una de las partes, la ley habilita a la otra u otras que no lo hicieron, para que, dentro de un plazo determinado posterior a la concesión de aquel, ejerzan la facultad de impugnar la misma resolución en la medida de su interés. (...)”<sup>38</sup>. El inciso 4º del artículo 404 del NCPP recoge la institución de la adhesión, señalando que los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes de que el expediente se eleve al juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que se cumplan con las formalidades de interposición. Aliverti, considera que la adhesión es una facultad que se le otorga a la parte que no recurrió durante el término estipulado –una suerte de prórroga- para ejercer su derecho de impugnar la resolución que le resulta gravosa, pues dicho derecho no caduca sino que permanece vigente durante el plazo del emplazamiento de la alzada<sup>39</sup>.

La fundamentación de la inclusión del instituto de la adhesión gira en torno a la observancia de los principios de igualdad y contradicción. En efecto, mediante la adhesión se intenta dar a la parte que no apeló, impulsada por el ánimo de no prolongar el litigio y por la expectativa de que la otra parte tomará la misma decisión, la posibilidad de que lo haga al advertir que la otra parte, en contra de dichas expectativas, impugnó el fallo en cuestión frustrando su estrategia, que se encontraba basada puramente en razones de economía procesal. (...) en virtud de la adhesión las partes –la principal y

<sup>38</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>39</sup> ALIVERTI, Ana J. *Consideraciones en torno a la adhesión al recurso en el Código Procesal Penal de la Nación: análisis de la jurisprudencia reciente*. En Maier Julio B.J. y Otros (Comp.) *Los recursos en el procedimiento penal*. 2ª edición actualizada. Editores del puerto, Buenos Aires, 2006, p. 74.

la adhesiva- pueden quedar en igualdad de condiciones, como si las dos hubiesen recurrido desde un principio, sino también – y principalmente – porque la conveniencia de su inclusión no implica una lesión al derecho de defensa del imputado<sup>40</sup>.

Loutayf Ranea, desarrolla los requisitos de admisibilidad que debe cumplir el pedido de adhesión, los cuales son perfectamente aplicables a la regulación establecida por el NCPP a dicha institución, sin embargo es de precisar, que para el referido autor, la adhesión funciona respecto al recurso principal de la otra parte y nuestro código adjetivo señala que es respecto al recurso de cualquiera de las partes, entre los requisitos señalados por Loutayf podemos citar<sup>41</sup>:

- Existencia de una apelación principal.
- Vencimiento parcial y mutuo (o en palabras de Montero Aroca: cuando una resolución judicial es en parte favorable y desfavorable a las dos partes<sup>42</sup>).
- Que la impugnación se dirija a la misma sentencia.
- Que la resolución impugnada sea susceptible de apelación.
- Que la adherente no haya manifestado su conformidad con la resolución impugnada, siendo en este punto importante señalar que el hecho de que el que solicita la adhesión no haya impugnado la resolución cuestionada dentro del plazo legal establecido para tal efecto, no puede considerarse como que haya mostrado su conformidad con la misma<sup>43</sup>.
- Inexistencia de una apelación principal previa del adherente declarada inadmisibles o fracasada.
- Reglamentación legal expresa que la autorice.

<sup>40</sup> ALIVERTI, A., *Op. Cit.*, pp. 77-78.

<sup>41</sup> LOUTAYF RANEA, R. *La apelación adhesiva en Revista de Derecho Procesal 3: Medios de Impugnación. Recursos-II*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pp. 129 – 140.

<sup>42</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Proceso y garantía*. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 318.

<sup>43</sup> Así mismo debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la STC N° 6590-2005-PHC/TC (Apurímac) de fecha 17 de octubre de 2005, ha establecido que el reservarse el derecho a impugnar una decisión jurisdiccional no puede entenderse como conformidad con la misma.

Adicionalmente, es de precisar que el pedido de adhesión, lo debe realizar la parte que ha sido vencida, aun cuando sea parcialmente, porque como todo mecanismo impugnatorio sustenta su legitimidad en el perjuicio, por ende no está pensada para el absuelto por ejemplo<sup>44</sup>. Así mismo se debe tener presente que una vez concedida la adhesión, ésta se comporta como un mecanismo impugnatorio autónomo, tiene su propio cauce impugnativo, por ende no se ve afectado por un posible pedido posterior de desistimiento respecto al recurso principal o adherido.

### 6.2. El desistimiento

Como derivación de la vigencia del principio dispositivo en el ámbito de las impugnaciones penales, las leyes facultan expresamente a las partes para desistir de los recursos interpuestos (...) el desistimiento configura una declaración de voluntad de aquel (el recurrente) en el sentido de abandonar la instancia abierta con motivo de la interposición del recurso y de conformarse, por consiguiente, con el contenido de la resolución impugnada<sup>45</sup>. La doctrina reconoce dos tipos de desistimiento; i) el desistimiento de la conformidad y ii) el desistimiento del recurso. El primero de ellos parte del supuesto que el sujeto procesal ha manifestado expresamente su decisión de conformarse con la decisión jurisdiccional, ocurrido lo cual, ya no puede desistirse de tal manifestación de voluntad.

<sup>44</sup> Sobre el tema de adhesión resulta importante revisar alguna jurisprudencia civil, así la sentencia en casación N° 522-96/LIMA, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema con fecha 10 de julio de 1997, admite la posibilidad de que la adhesión se efectúe al recurso interpuesto por la misma parte, e incluso se admite que es procedente la adhesión que la realiza un sujeto procesal aún cuando anteriormente hizo valer un recurso principal y el cual fue rechazado; del mismo modo en la sentencia en casación n° 1056-2003/CAMANA expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema con fecha 27 de agosto del 2003, se abre la posibilidad de que un sujeto procesal pueda adherirse a una apelación principal aún cuando, la que él interpuso fue previamente rechazada.

<sup>45</sup> PALACIO, L. *Op. Cit.*, p. 33.

En lo referente al desistimiento recursal el artículo 406 del Nuevo Código Procesal Penal recoge dicha posibilidad, exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que el desistimiento sólo lo puede hacer la parte que haya interpuesto un recurso. De haberlo hecho el abogado defensor, éste no podrá desistirse, salvo que medie mandato expreso de su patrocinado.
- b) El desistimiento sólo procede cuando es solicitado antes de expedirse resolución sobre el grado.
- c) Para desistirse es necesario expresar los fundamentos que lo sustentan.
- d) El desistimiento no tiene efectos extensivos, de forma tal que no tendrá implicancias ni respecto a los demás recurrentes ni respecto a los adherentes.

### 7. Principio de instancia plural

Dentro del proceso de constitucionalización de los principios procesales, nuestra Carta Magna, en su inciso sexto del artículo 139 ha reconocido como principio y derecho de la función jurisdiccional a la instancia plural, sin embargo ello no debe llevarnos a pensar que toda providencia judicial pueda ser objeto de impugnación, ya que como cualquier derecho, aun cuando de configuración constitucional, no es absoluto, por ende lo que debe determinarse es cual es el espectro impugnativo que satisface el requerimiento constitucional. De acuerdo a lo establecido tanto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, legislación supranacional que forma parte de nuestro bloque constitucional, consagran el derecho que tiene todo procesado a contar con un recurso que le permita que la sentencia condenatoria impuesta pueda ser revisada por una instancia superior.

Maier, efectuando una interpretación sistemática de las normas acotadas, señala que la posibilidad de impugnar una sentencia judicial debe concebirse como una garantía procesal del condenado quien tiene derecho a que su sentencia sea re examinada por un órgano jurisdiccional superior, por ende la impugnación no debe ser concebida como facultad de todos los sujetos procesales,

sino únicamente del condenado, ya que para que una pena se pueda ejecutar requiere de la doble conformidad de la condena, de lo que concluye dicho autor que una sentencia absolutoria o condenatoria no recurrida a favor del condenado queda firme, y conceder un medio impugnatorio a la parte acusadora constituiría una clara violación al principio del *ne bis in idem*<sup>46</sup>.

A este respecto también resulta importante hacer mención al ordenamiento procesal norteamericano donde la apelación es una posibilidad legal pero no una exigencia constitucional, incluso la Corte Suprema no incluye necesariamente dentro del concepto de debido proceso a la posibilidad de impugnar una decisión jurisdiccional, lo que no quiere decir que tal posibilidad no se halle contemplada en la legislación ordinaria, sea esta federal o estatal, precisando Muñoz Neira que dentro de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal se ha consagrado el derecho de todo condenado de apelar su condena o la sentencia, pero la otra cara de la moneda es que la fiscalía no puede apelar una absolución, lo que como, concluye el mismo autor, constituye una evidente asimetría procesal<sup>47</sup>. Por su parte López Barja de Quiroga señala que la imposibilidad de recurrir en caso de absolución se vincula en EE UU con el principio penal que prohíbe la doble incriminación (*double jeopardy*). La interdicción del *double jeopardy* está establecida en la Quinta Enmienda. El campo de aplicación del principio de interdicción del *double jeopardy* se proyecta en tres aspectos: (...) 1) prohibición de un segundo juicio y persecución por el mismo delito tras haber sido absuelto (...) <sup>48</sup>.

Sin embargo nuestro sistema procesal, entendemos asume la exigencia del recurso con el que debe contar el condenado para cuestionar el fallo judicial dictado en su contra, como un piso normativo, es decir que el sistema recursal

<sup>46</sup> MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Tomo I, Fundamentos 2ª Ed. 2ª Reimp., Editorial del Puerto SRL., Buenos Aires, 2002, pp. 705-717.

<sup>47</sup> MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. 1ª Edición. Legis, Colombia, 2006, pp. 169.-170.

<sup>48</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Volumen II. 2ª edición. Thomson – Aranzadi. Navarra, 2007, p. 1319.

desarrollado legislativamente debe tener, como exigencia constitucional, un recurso ordinario que permita que una sentencia condenatoria sea objeto de revisión en sede de instancia, es decir objeto de control no sólo normativo sino además probatorio. Cumplida dicha exigencia, ya depende de la opción legislativa, incluir otro tipo de recursos o medios impugnatorios en general o dotar de titularidad impugnativa a otros sujetos procesales.

Es importante añadir, que uno de los principios reguladores del sistema procesal es el de igualdad, en virtud del cual, nuestro legislador a considerado adecuado otorgar al Ministerio Público, en tanto sujeto procesal, la capacidad de poder cuestionar un fallo absolutorio, lo que como ya se ha explicado no constituye ninguna vulneración a la normatividad supranacional mencionada, en tanto la exigencia allí contenida sea entendida como un piso normativo y no un techo de igual naturaleza. En ese sentido resulta interesante lo mencionado por Montón Redondo, que interpretando el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señala que “Si se reconoce el derecho a recurrir, debe poderse hacer valer por todo aquel que estime gravosa una resolución judicial que le afecte, cualquiera que sea su posición en el proceso. Pensar otra cosa, además de romper con el principio de igualdad, podría conducir a situaciones de indefensión”<sup>49</sup>.

Dicho lo anterior, donde si encontramos un punto discutible en el NCPP, y que a nuestro criterio vulnera la exigencia constitucional y supranacional de instancia plural para el condenado, es la facultad otorgada a la Sala de revisión en las normas contenidas en el artículo 419.2 y en el artículo 425.3.b, que posibilitan a dicho Colegiado poder condenar a un absuelto, aún cuando se pretenda justificar esta opción legislativa restringiéndola a supuestos en los que ha existido actividad probatoria en segunda instancia (inmediación probatoria), ello no satisface la exigencia constitucional (y supranacional) de dotar al condenado de un recurso que le permita que su condena sea

<sup>49</sup> MONTÓN REDONDO, Alberto. *Los medios de impugnación, en derecho jurisdiccional III Proceso penal*. 12ª edición. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 349.

revisada por una instancia superior con capacidad de control normativo y probatorio, es decir por una verdadera instancia, por cuanto ante la condena del Colegiado, la única posibilidad intra proceso de impugnación está restringida al recurso de casación, el mismo que no genera instancia de revisión, por cuanto la Sala Casatoria está impedida de efectuar actividad probatoria así como de revalorar los medios de prueba incorporados al proceso. En consecuencia al haber incorporado al sistema recursal la posibilidad de condenar al absuelto, sin haber previsto para éste un medio impugnatorio ordinario que genere instancia de revisión, se ha vulnerado, a nuestro criterio, el piso normativo ya mencionado.

En este sentido resulta interesante citar la sentencia de vista N° 48 recaída en el expediente N° 2008-12172-15, en la que la Sala Penal Superior de Arequipa declaró inaplicable al caso concreto la parte del artículo 425.3.b del NCPP, que autoriza a la Sala de revisión poder condenar al absuelto. Sustentaron dicha decisión en que la referida norma colisiona con el derecho constitucional y supra nacional a la instancia plural, precisando finalmente que tal declaración de inaplicación (control difuso) tendrá efectos hasta que se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión.

### 8. Prohibición de la reformatio in peius

Según Pérez Pinzón, esta prohibición “significa que cuando el procesado –o su defensa- apela la sentencia de primera instancia, interpone casación o revisión, el Juez de segunda instancia, el de casación y el de revisión no pueden empeorar la situación que le ha sido deducida en el fallo materia de la impugnación o de acción. El principio rige cuando el procesado es impugnante o actor único. De tal manera que si otras partes, (...), impugnan o incoan la acción en contra del sindicado, si opera la *reformatio in peius*. Si otros sujetos procesales (...), impugnan o incoan la acción en pro del procesado, tampoco se puede desmejorar su posición inicial”<sup>50</sup>. Por su parte

<sup>50</sup> PEREZ PINZÓN, Alvaro Orlando. *Los principios generales del proceso penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 45.

Roxin sostiene que con este principio “se pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo mas severo en la instancia siguiente. Si la fiscalía pretende conseguir una pena mas elevada siempre tendrá que interponer, para ello, un recurso en perjuicio del acusado (...)”<sup>51</sup>.

La prohibición de la *reformatio in peius*, según San Martín Castro, tiene una dimensión constitucional, bien por la vía de la interdicción de la indefensión y de la idea misma de tutela judicial efectiva, como por la de un proceso con todas las garantías, particularmente la de ser informado de la acusación y de los motivos del recurso, y la delimitación de los poderes del Juez de la alzada (art. 139º, Inc. 3 y 14, de la Constitución).

El Tribunal Constitucional, siguiendo a su homólogo español<sup>52</sup>, en la sentencia EXP.Nº 1918-2002-HC/TC, establece que esta prohibición es una garantía que forma parte del debido proceso, y que tiene íntima relación tanto con el derecho de defensa como con la del derecho de impugnación, y si no existiera la prohibición mencionada, ello significaría la introducción de un elemento disuasorio para el ejercicio de los derechos antes mencionados<sup>53</sup>.

La interdicción de la reforma peyorativa, ha sido recogida por el NCPP en el artículo 409, en principio al delimitar la competencia del Tribunal Revisor a la materia impugnada (manifestación del principio de congruencia procesal) y además, porque expresamente establece en el inc. 3º de la norma acotada, que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio. En tal sentido es de tener claro que la acotada interdicción está referida al imputado mas no al Ministerio Público, tan es así que la misma norma mencionada establece que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar

la resolución aún a favor del imputado, en ese sentido Ramón Teodoro Ríos señala que si bien es cierto que el principio acusatorio debe informar la integridad del proceso penal, pero cuando éste principio se enfrenta en un caso concreto con el principio de legalidad sustancial, el órgano jurisdiccional debe priorizar éste último, y esta prioridad se manifiesta a nivel legislativo en la aceptación de la *reformatio in peius* del Ministerio Público<sup>54</sup>.

Chamorro Bernal considera que son 3 los requisitos para apreciarse una *reformatio in peius* con trascendencia constitucional:

- Empeoramiento de una situación establecida jurisdiccionalmente con anterioridad al recurso.
- Que el empeoramiento sea consecuencia del propio recurso.
- Que se haya producido verdadera indefensión<sup>55</sup>.

En el Acuerdo Plenario Nº 5-2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007, las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema, establecieron que no existía vulneración de la proscriptión de la reforma en peor, cuando, en revisión se efectuaran modificaciones en circunstancias punitivas que no implicaran la modificación lesiva de la pena.

### 9. Principio de intermediación

La intermediación en general “intenta que el tribunal reciba una impresión lo mas directa posible de los hechos y las personas, y rige en dos planos distintos. El primero de ellos se refiere a las relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal, y hace necesario que estén presentes y obren juntos. El segundo plano es el de la recepción de la prueba e implica que, para que el tribunal se forme un cuadro evidente de hecho y que para que sea posible la defensa, la prueba se produzca ante el tribunal que dictará la sentencia y durante el debate, en presencia de todas las partes, lo que obliga a la identidad física del juzgador con los jueces que presenciaron el

debate”<sup>56</sup>. El Nuevo Código Procesal Penal, recogiendo el principio de intermediación, a nivel de apelación, prevé la posibilidad de la actuación de medios probatorios en presencia del tribunal revisor, de acuerdo a las limitaciones establecidas en el artículo 422, previendo incluso la posibilidad de citar a los testigos, incluyendo a los agraviados, que ya declararon en primera instancia, medios probatorios que obviamente serán actuados de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 424 del acotado Código, lo que finalmente permite al órgano jurisdiccional de re examen intermediar directamente con el respectivo material probatorio, sin que ello signifique la realización de un nuevo juicio.

### VII. Los efectos jurídicos de los recursos

Hitters siguiendo a Guasp, señala que los recursos son procesos obstativos que impiden la formación de la cosa juzgada; en otras palabras, tratan de detener el iter del juicio, que normalmente avanza hacia la sentencia definitiva de mérito que resuelve para siempre el pleito. Si el embate corona exitosamente, la decisión atacada puede ser sustituida, modificada o invalidada (o anulada), según el vicio que posea y el tipo de ataque que haya sufrido. La interposición de un medio de impugnación produce (...) diversas y variadas consecuencias, a saber: 1º) interrumpe la concreción de res judicata; 2º) proroga los efectos de la litispendencia; 3º) en cierto casos determina la apertura de la competencia del superior (efecto devolutivo); 4º) imposibilita el cumplimiento del fallo (efecto suspensivo), y 5º limita el examen del ad quem en la medida de la fundamentación y del agravio<sup>57</sup>.

Tal como lo menciona Hitters la interposición de recursos genera distintos efectos jurídicos, como los siguientes:

#### 1. El efecto devolutivo

“El efecto devolutivo hace referencia a que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida<sup>58</sup>, siendo sus manifestaciones las siguientes:

- Hace cesar los poderes del a quo.
- Paralelamente el ad quem asume el conocimiento de la causa para re – examinar lo decidido.
- La providencia queda en estado de interinidad<sup>59</sup>.

En nuestro sistema recursal, el único medio impugnatorio que no comparte este efecto, es el recurso de reposición (Art. 415 del Nuevo Código Procesal Penal), porque quien tiene competencia para efectuar el re examen impugnatorio, es el propio Juez que dictó la resolución controvertida.

#### 2. El efecto suspensivo

“Significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido en ambos efectos”<sup>60</sup> Hitters cuestionando, la afirmación de que por este efecto se suspende la ejecución de la resolución, señala que mas que eso “llega a detener todas las consecuencias del pronunciamiento, no sólo las ejecutivas o ejecutorias”<sup>61</sup>.

El artículo 412 del Nuevo Código Procesal justamente recoge el efecto no suspensivo de los recursos, al señalar que “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere, además de que las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.

En ese contexto, una de las excepciones a la regla antes mencionada aparece en el artículo 418 de la acotada norma adjetiva que establece

<sup>51</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000, pp. 454-455.

<sup>52</sup> STC 143/1998 de 12 de junio.

<sup>53</sup> También pueden revisarse las siguientes sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional: 1231-2002-HC y 1553-2003-HC/TC. Y 02497-2009-PHC/TC

<sup>54</sup> RÍOS, Ramón Teodoro. *Op. Cit.*, p. 380-382.

<sup>55</sup> CHAMORRO BERNAL, F. *Op. Cit.*, p. 169-173.

<sup>56</sup> BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2005, p. 85.

<sup>57</sup> HITTERS, J. *Op. Cit.*, pp. 127-128.

<sup>58</sup> CORTES DOMÍNGUEZ, V. *Op. Cit.*, p. 635.

<sup>59</sup> HITTERS, J. *Op. Cit.*, p. 128.

<sup>60</sup> SANCHEZ VELARDE, P. *Op. Cit.*, p. 860.

<sup>61</sup> HITTERS, J. *Op. Cit.*, p. 128.

expresamente “El recurso de apelación, tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia, pero si se tratase de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, éste extremo se ejecutará provisionalmente, con lo que en este supuesto específico se podría afirmar que el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo.

### 3. El efecto extensivo

Este efecto –que constituye una excepción al principio dispositivo y al de personalidad de la impugnación– se verifica cuando, existiendo una pluralidad de sujetos pasivos, el recurso interpuesto por uno de ellos es susceptible, si se dan determinadas condiciones, de favorecer a los que no recurrieron no obstante hallarse facultados para hacerlo<sup>62</sup>. Este efecto es de aplicación sólo en caso de favorabilidad, y se justifica a fin de evitar la existencia de decisiones jurisdiccionales contradictorias respecto a sujetos procesales que se encuentran en igualdad de condiciones, siendo la única diferencia que uno es impugnante y es otro no.

El Nuevo Código Procesal Penal, recoge el efecto extensivo de los recursos en su artículo 408, donde señala que cuando existe pluralidad de imputados, la impugnación de cualquiera de ellos favorecerá a los demás, claro, siempre y cuando la fundamentación del medio impugnatorio no responda a criterios exclusiva-mente personales. Incluso el legislador amplía los efectos extensivos de los recursos al señalar que la impugnación planteada por uno de los imputados favorece al tercero civil, y viceversa la impugnación planteada por éste favorece a los imputados, con la limitación de que el recurso no se sustente en argumentos exclusivamente personales y que por ende no puedan ser comunicables.

### 4. El efecto diferido

“Procede esta modalidad recursal en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continúe

<sup>62</sup> PALACIO, L. *Op. Cit.*, p. 30.

respecto de alguno de ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal ad quem recién se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia”<sup>63</sup>.

Esta modalidad se halla recogida en el artículo 410 del Nuevo Código Procesal Penal.

## VIII. El recurso de casación

### 1. Concepto y características

El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema, tal como lo establece el artículo 141 de la Constitución Política del Estado. Tiene efecto devolutivo, por cuanto su conocimiento es de cargo del órgano superior del que dictó la providencia jurisdiccional cuestionada.

Es un recurso que posibilita a la Sala Casatoria ejercer control normativo respecto a lo resuelto por las instancias de mérito, control normativo referido tanto a las disposiciones de naturaleza sustantiva como a las de naturaleza procesal. Y es un recurso que no genera instancia y por ende no otorga función de revaloración probatoria a dicho Colegiado, quien resuelve en función a la base fáctica establecida por las instancias de mérito.

San Martín Castro, citando a Gómez Orbaneja, define al recurso de casación como el medio de impugnación, de competencia del Supremo Tribunal, en virtud del cual, se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita, partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido a él.<sup>64</sup>

(...) El recurso se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo

<sup>63</sup> SAN MARTÍN CASTRO, C. *Op. Cit.*, pp. 688-689.

<sup>64</sup> SAN MARTÍN CASTRO, C. *Op. Cit.*, p. 717.

cual implica en principio la exclusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas; supone un interés de la parte que lo hace valer, por la cual la sentencia debe causarle gravamen; el tribunal de casación puede resolver anulando la sentencia impugnada cuando revela vicios formales, o bien puede ejercer competencia positiva adecuando la interpretación de la ley, que emite en sede del recurso, a los hechos definitivamente fijados, sin alterarlos<sup>65</sup>.

San Martín Castro, citando a Moreno Catena, señala tres notas esenciales o características del recurso de casación: a) se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema; b) Es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (...) y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal y c) No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro lado, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal<sup>66</sup>.

Las notas esenciales, antes mencionadas, se hallan recogidas en nuestro ordenamiento normativo, así, el artículo 141 de la Constitución Política del Estado señala expresamente que el conocimiento del recurso de casación es de competencia de la Corte Suprema. En los artículos 427 y 428 del NCPP, básicamente se establecen los requisitos específicos de admisibilidad del recurso de casación, cuya interposición además debe cumplir con los requisitos generales previstos en el artículo 405 del acotado cuerpo de leyes. Finalmente el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que lo

<sup>65</sup> LÓPEZ IÑIGUEZ, María Gabriela. *El recurso de casación penal: vicios formales*, en MAIER, B. J. (Comp.) Los recursos en el procedimiento penal. 2ª edición actualizada. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2006, p. 138.

<sup>66</sup> SAN MARTÍN CASTRO, C. *Op. Cit.*, pp. 717-718.

resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, con lo que queda claro que cuando la Corte Suprema actúa en sede de casación no lo hace como instancia de mérito y por ende carece de la facultad de re examinar el juicio de hechos en virtud a la valoración de los medios probatorios actuados.

## 2. Casación y prueba

En el acápite precedente, se ha señalado como una de las notas características del recurso de casación, que su interposición y concesión no genera instancia, es decir no convierte al órgano revisor en sede de mérito, y por ende Éste se halla desprovisto de la capacidad de revalorar el material probatorio evaluado por las instancias de mérito, ejerciendo su análisis y calificación normativa a partir de la base fáctica establecida por aquellas.

Sobre esta características del recurso de casación, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia de casación N° 01-2007 (Huaura) de fecha 26 de julio de 2007, estableció, en su tercer fundamento de derecho, que:

“(...) Es de puntualizar al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris* (...)”.

Este criterio, la Sala Suprema, lo reitera en el auto de calificación del recurso de casación N° 04-2008 (Huaura) de fecha 10 de marzo de 2008, donde declaró inadmisibile el referido medio impugnatorio, al considerar que:

“(...) la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnativa, mas bien, su recurso está dirigido a que este Supremo Tribunal realice un análisis de los medios de prueba, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al Órgano de casación –que no es posible hacerlo en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria–”

Es importante señalar que el hecho que a la Sala de Casación le esté vedada la función de valoración o análisis del material probatorio actuado en las instancias de mérito, no quiere decir que otros aspectos del tema probatorio, sean ajenos a la casación. Así por ejemplo resulta trascendente tener clara la diferencia entre valorar medios probatorios (que es función de las instancias de mérito, y obviamente no constituye una actividad propia a realizar en sede casatoria) con establecer la finalidad probatoria de determinado medio de prueba (utilidad) o evaluar la forma o método de valoración de los mismos (no el contenido de la valoración), aspectos que si pueden constituirse en materia casacional.

En la sentencia de casación N° 05-2007 (Huaura) de fecha 11 de octubre de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, corrige a la Sala de Revisión, por cuanto ésta consideró que la valoración de la prueba personal, en todo caso, resultaba inmodificable e irrevisable, apreciación que, según la sala casatoria, resultaba correcta cuando estaba referida a las llamadas “zonas opacas” (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc.) mas no cuando estaba referida a las denominadas “zonas abiertas” vinculadas a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del juzgador, y las que por ende podían ser objeto de fiscalización a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Del mismo modo, la Sala Casatoria, puede válidamente, tal como lo mencionamos, establecer cual es la finalidad para la que sirve un determinado medio de prueba, sin que ello signifique establecer una nueva valoración del material probatorio actuado; así por ejemplo las instancias de mérito pueden haber determinado que una partida de nacimiento es prueba de una violación sexual, y la Sala Casatoria puede válidamente corregir este yerro y establecer que dicho documento es útil o para acreditar el nacimiento de una persona o la filiación de la misma, mas no para acreditar la realización de un acto delictivo de acceso carnal, corrección que no significa, por parte de la Sala Casatoria, una actividad de revaloración del material probatorio de cara a establecer o no la responsabilidad penal de una persona, sino una simple determinación de

la utilidad probatoria de un medio de prueba específico.

Así mismo vía recurso de casación se puede revisar errores referidos a la falta de valoración probatoria de medios de prueba debidamente aportados, admitidos y actuados en las instancias de mérito. Lo que la Sala Casatoria va a revisar es si ha existido congruencia probatoria o si las instancias de mérito han incurrido en la omisión anotada.

Lo cierto es que a nivel de derecho comparado, se evidencia en el tema casatorio, esta vinculación con el tema probatorio, que en determinados casos puede llevar incluso a extremos de revaloración probatoria (extremo ajeno a nuestro sistema casatorio penal), llegando los órganos casatorios a aplicar criterios de justicia al caso concreto (función dkelógica, de la que nos ocuparemos mas adelante). Este acometimiento de la casación en temas probatorios, se enmarca en lo que Montero Aroca ha venido en llamar la ampliación del ámbito del recurso de casación, proceso por el cual, según el referido autor, este recurso extraordinario va asemejándose al recurso de apelación, ingresando a controlar temas como: i) el error en la apreciación de la prueba por parte de las instancias de mérito, produciéndose así una claro ingreso de los hechos en la casación, ii) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia<sup>67</sup>; iii) la vulneración de preceptos constitucionales, como el de igualdad, el acusatorio o el de publicidad; iv) la procedencia de la casación por nulidad de actuaciones; v) El control en sede casatoria de la aplicación que de las máximas de experiencia hace el juzgador de instancia a la hora de determinar los hechos probados, es un control del criterio racional o humano aplicado<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> En la sentencia de casación N° 10-2007/Trujillo, de fecha 13 de agosto de 2007, luego de declarar la admisibilidad del recurso, se discutió en sede casatoria, si había existido o no vulneración del principio de presunción de inocencia.

<sup>68</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Thomson – Civitas, Pamplona, 2008. P. 468-470. Sostiene además que sólo deberían existir dos motivos de procedencia de la casación: la vulneración de garantías procesales constitucionalizadas y la infracción de norma

### 3. Fines de la casación

Vescovi sostiene que luego de una revolución histórica en la cual se ha producido alguna alteración de sus finalidades esenciales, hace ya mas de un siglo que la mas relevante doctrina sobre el tema asignaba a nuestro instituto estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, la primera finalidad está referida a la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales y la función de unificación, perfila la necesidad de contar con un único órgano casatorio<sup>69</sup>.

Tanto la **función de control normativo** (ya sea sustantivo o adjetivo), que suele denominarse **función nomofiláctica**, como la **función de unificación jurisprudencial**, tienen como sustento principal propugnar la vigencia del principio de igualdad, y accesoriamente la búsqueda de la seguridad jurídica, ya que se persigue, que las normas sean interpretadas y aplicadas, de ser el caso, de la misma manera, en casos similares. Para lo cual resulta imprescindible que, un único órgano casatorio, a partir de las disímiles interpretaciones y aplicaciones normativas que efectúen las instancias de mérito en casos concretos, establezca la correcta interpretación de las mismas y por ende los supuestos fácticos en las que deben ser aplicadas (control normativo), labor que la debe explicitar a través de sentencias casatorias que buscan ser vinculantes para las decisiones posteriores de los órganos de mérito (unificación).

Al respecto López Barja de Quiroga, señala “La idea básica, que no debe perderse de vista, es que se trata de un recurso para la unificación de la doctrina, es decir, la finalidad concreta del recurso es obtener la igualdad en la aplicación de la ley y, para ello, el objeto del recurso tiene que ser la unificación de la doctrina jurisprudencial. Esta idea básica implica, necesariamente, que deben existir otra u otras sentencias que mantengan una doctrina contradictoria; de no ser así no cabe hablar de la necesidad de unificar

material, que podría ser penal y civil, bien ordinaria, bien constitucional. **Ningún pretendido error en la prueba tendría acceso a la casación (P. 511-512).**  
<sup>69</sup> VESCOVI, E. *Op. Cit.*, p. 237-238.

doctrina alguna (...) Esta idea implica que lo que ha de constituir el ámbito del recurso no es la bondad o no del fondo del asunto, sino la contradicción doctrinal, pues, lo que se ha de buscar es la unidad doctrinal (...) el fundamento de la búsqueda de esta uniformidad doctrinal se encuentra, por una parte, en el principio de igualdad y, por otra parte, en el principio de seguridad jurídica<sup>70</sup>.

Teniendo en consideración las finalidades antes aludidas Sánchez – Palacios Paiva, sostiene que con ello se busca proteger: a) la igualdad ante la ley, que es un derecho constitucional, que se expresa en el aforismo, “a la misma razón el mismo derecho”, y b) Preservar los principios de seguridad y certidumbre jurídicas. Esto quiere decir que de acuerdo a nuestro ordenamiento, prima el interés colectivo de la exacta interpretación de la ley sobre el interés privado de la parte recurrente, de donde se deriva que el objeto de la casación no es tanto enmendar el perjuicio o el agravio inferido a un particular, o remediar la vulneración del interés privado, como atender la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y doctrinas legales. El *ius constitutionis* prima sobre el *ius litigatoris*<sup>71</sup> San Martín Castro sostiene que el fundamento del recurso de casación se encuentra en el principio de igualdad, ya que la uniformidad de la jurisprudencia asegura a las personas un tratamiento similar por parte de los jueces<sup>72</sup>.

Adicionalmente a las funciones principales, antes mencionadas: la nomofiláctica y la de unificación, la doctrina hace mención a otros dos fines que se pueden perseguir a través del recurso de casación: **la función de control de logicidad**, que está referida al control de la construcción lógica de las decisiones jurisdiccionales,

<sup>70</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Op. Cit.*, p. 1435.

<sup>71</sup> SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, Manuel. *Causales sustantivas de casación*, en Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No Hay Derecho. Ediciones Legales, Lima, abril 2000, p. 20.

<sup>72</sup> SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Recursos de apelación y de casación penal*, en Teoría de la Impugnación. I Jornadas de derecho Procesal. Universidad de Piura, facultad de Derecho. Karla Vilela Carbajal (Coord.). Palestra Editores, Lima, 2009, p. 31.

denominándose a los errores de logicidad como errores in cogitando, y **la función dikelógica**, o de justicia al caso concreto.

En este punto, sin perjuicio de lo señalado al referirnos a la función de unificación, resulta relevante, señalar que si bien el fin primario de la casación es la tutela del *ius constitutionis*, sin embargo no debe olvidarse que en estricta aplicación del principio dispositivo, quien gatilla el mecanismo casatorio, es la parte que persigue un fin particular, y que si bien, si su cuestionamiento es admitido por el órgano casatorio, los efectos de tal decisión jurisdiccional van a ser generales (*ius constitutionis*) ello no quiere decir que el recurrente no se vea beneficiado, y por ende su pretensión impugnatoria pueda resultar amparada (*ius litigatoris*). En tal sentido la defensa del *ius litigatoris* sería pues un fin secundario reconocido y tutelado en cuanto el mismo coincida con aquel especial interés colectivo que constituye la base del instituto (casación)<sup>73</sup>.

Nuestro sistema casatorio, consagra el fin de unificación, tal como puede apreciarse en lo establecido en el numeral 4° del artículo 427 del NCPP, así como el fin de control normativo (o nomofilático) tal como puede apreciarse en los tres primeros incisos del artículo 429 del NCPP. Del mismo modo en el inciso 4° del citado artículo 429 recoge la finalidad de control de logicidad, no teniendo norma expresa que recoja la finalidad dikelógica, aun cuando no debemos olvidar que al declararse fundado un recurso de casación, si bien sus efectos tendencialmente van dirigidos a un contexto social, ello no quiere decir que con tal decisión, el impugnante no vea satisfecho su interés particular.

#### 4. Material casable e interés casacional

El artículo 427 del NCPP establece, en sus tres primeros incisos, el catálogo casi taxativo de decisiones jurisdiccionales que pueden ser cuestionadas a través del recurso de casación, norma que se incardina dentro del contexto propio de los medios impugnatorios extraordinarios, y que en general se puede señalar

<sup>73</sup> VECINA CIFUENTES, Javier. *La casación penal*. El modelo español. Tecnos, 2002, p. 145.

está referido a resoluciones judiciales que ponen fin al proceso o procedimiento, según las características que allí se indican.

Sin embargo en el inciso cuarto de la norma acotada, se establece que excepcionalmente la Sala Penal de la Corte Suprema podrá ordenar, discrecionalmente, la procedencia de un recurso de casación, aun cuando no se halle previsto en los supuestos anteriores, si lo considera necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Lo que hace aquí la norma en mención, es reconocer la institución del denominado interés casacional, que tiene como antecedentes a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, y en nuestro país en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 4853-2004/AA-TC del 19 de abril del 2007, que introdujo el llamado recurso de agravio constitucional extraordinario<sup>74</sup>.

A través del interés casacional lo que se busca, es otorgar al órgano supremo la capacidad de decidir que materia va a revisar, por consideraciones que responden a variados criterios y que pueden ir desde la vulneración a la doctrina jurisprudencial o violación de derechos fundamentales o por cuestiones de unificación jurisprudencial, supuesto, este último, que es el recogido por el NCPP para otorgar a la Sala Suprema Casatoria la capacidad de decidir, discrecionalmente, conocer cuestionamientos a resoluciones judiciales, que en situaciones normales no podrían ser pasibles de revisión vía casación.

En ese sentido queda claro que el interés casacional, mas allá del contexto garantista que enmarca a la impugnación, responde primordialmente a la función de control de las decisiones jurisdiccionales inferiores, que se le asigna a la impugnación, temas respecto de los cuales hemos abordado en el acápite referido a la naturaleza jurídica de la impugnación.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el auto de calificación del recurso de casación N°

<sup>74</sup> El Tribunal Constitucional mediante sentencia vinculante STC N° 03908-2007-PA/TC de fecha 11 de febrero de 2009, dejó sin efecto los alcances del llamado recurso de agravio constitucional extraordinario.

01-2007 (Huaura) de fecha 17 de mayo de 2007, hizo uso expreso de lo establecido en el apartado 4° del artículo 427 del NCPP y re examinó, en sede casatoria, cuestiones referidas a materia cautelar, que por su variabilidad y provisionalidad, las decisiones jurisdiccionales que recaen sobre las mismas, no son definitivas y por ende no causan un agravio irreparable, lo que implica, que en principio no formen parte del material casable normal. Esta opción del Tribunal Supremo, fue justificada en la necesidad de “fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención – como medida provisionalísima – y la prisión preventiva – como medida provisional más estable –, ambas de marcada relevancia constitucional al estar coimplicado el derecho a la libertad personal (...)”.

Similar criterio asumió el mencionado Colegiado Supremo en el auto de calificación del recurso de casación N° 08-2007 (Huaura) de fecha 24 de octubre de 2007, al aplicar el criterio del interés casacional, para discutir en sede casatoria, la determinación de los alcances del presupuesto material, constituido por la debida motivación, para acordar el sobreseimiento contra el requerimiento acusatorio del Ministerio Público.

En igual sentido puede revisarse el auto de calificación del recurso de casación N° 02-2008 (La libertad) de fecha 15 de febrero de 2008, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, aplicó el criterio del interés casacional para, a través de este mecanismo impugnatorio, discutir sobre la diferencia de plazos de la investigación preliminar (actos preliminares de investigación) y de la investigación preparatoria (propriadamente dicha).

Como puede apreciarse el interés casacional, es un mecanismo que le permite a la Sala casatoria decidir, discrecionalmente, el conocer materias contenidas en resoluciones judiciales, que en principio son ajenas al control de este recurso. Esta ampliación en su competencia se sustenta en el afianzamiento del rol de unificación jurisprudencial que persigue la casación y que ejerce el máximo órgano jurisdiccional. Se puede cuestionar esta decisión legislativa, sin embargo, de haberse optado por restringir a la Sala

Casatoria el conocimiento de un número taxativo de resoluciones cuestionables, habría generado la imposibilidad de unificación de criterios jurisdiccionales en temas tan trascendentes y gravosos, como las medidas de coerción, pudiendo ocurrir la emisión de decisiones contradictorias de instancias de mérito, respecto a procesados, que podrían hallarse en situaciones fácticas y procesales semejantes.

La utilización del mecanismo del interés casacional, incluso ha permitido establecer una clasificación de la casación, de forma tal que aquellos recursos que se dirijan contra las resoluciones enumeradas en los tres primeros incisos del artículo 427 del NCPP, se denominan “casación ordinaria o típica” y aquellos que se sustenten en el interés casacional, se denominan “casación excepcional” (terminología ésta última poco adecuada, ya que *per se* el recurso de casación es excepcional).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en la Queja N° 66-2009 delimitó el contenido del interés casacional a los siguientes aspectos:

- Unificación de interpretaciones contradictorias – jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales -, afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada pero de especiales connotaciones jurídicas.

- La exigencia ineludible, por sus características generales, mas allá del interés del recurrente –defensa del *ius constitutionis* -, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal.

## 5. Presupuestos de la casación y la denominada voluntad impugnativa

### 5.1. Presupuestos Objetivos

a) El recurso debe ser interpuesto contra el material casable establecido en los incisos 1,2 y 3 del artículo 427 del NCPP, salvo que se solicite la aplicación del interés casacional, en cuyo caso debe fundamentarse la necesidad casacional de revisar una decisión jurisdiccional que no se encuentra dentro del contexto taxativo normal de resoluciones impugnables a través de este recurso.

### 5.2. Presupuestos Subjetivos

a) El recurso debe ser interpuesto por el sujeto procesal legitimado por haber sufrido agravio con la resolución materia de impugnación (Artículo 405, inciso 1ª del NCPP).

b) De tratarse de una sentencia confirmatoria, el recurrente debe haber impugnado la emitida por el a quo (artículo 428, numeral 1ª, literal d), no pudiendo incluir en su recurso de casación agravios no denunciados a través de la apelación, cuando estos existían desde la resolución expedida por el Juez.

### 5.3. Presupuestos Formales:

a) **Tiempo:** 10 días contados partir desde el día siguiente a la notificación de la resolución (Artículo 414, numerales 1a y 2 del NCPP).

b) **Modo:** Por escrito (Artículo 405, inciso 1b), siendo aplicable para la interposición oral las reglas establecidas en el artículo 405, inciso 2º del NCPP.

c) **Lugar:** El recurso debe ser interpuesto ante la Sala de mérito que expidió la resolución materia de cuestionamiento, Colegiado que tendrá a su cargo el primer control de admisibilidad restringido a la verificación del cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 405 del NCPP así como a la constatación estricta de la fundamentación del recurso en las causales casacionales (artículo 430, inciso 2º del NCPP), estando a cargo de la Sala Casatoria, el segundo control de admisibilidad, a través del respectivo

auto de calificación, en el que se verificará el cumplimiento de las exigencias previstas en los artículos 405, 428, incisos 1 y 2 y 429 del NCPP.

d) **Fundamentación y Voluntad Impugnativa:** El recurso debe estar fundamentado, debiendo contener, además de la pretensión impugnatoria correspondiente, la indicación precisa y por separado de la causal o causales previstas en el artículo 429 del NCPP, en que sustenta su recurso, señalando, según sea el caso, lo siguiente:

- Los preceptos normativos (constitucionales, sustantivos o procesales) que considere inobservados o inaplicados.

- Los preceptos normativos (constitucionales, sustantivos o procesales) que considere aplicados indebidamente, en cuyo caso deberá especificar cuales son las normas que debieron ser aplicadas.

- Los preceptos normativos (constitucionales, sustantivos o procesales) que considere que han sido correctamente aplicados, pero que la o las instancias de mérito le han dado una interpretación errónea, en cuyo caso debe precisar cual es, desde su perspectiva, la interpretación correcta de dichas normas.

- En que consiste la ilogicidad de la motivación de la resolución materia de cuestionamiento, especificando su contenido contradictorio entre lo que expone y lo que concluye, que es en si el ámbito definido por el reproche casatorio<sup>75</sup>.

- La doctrina jurisprudencial, ya sea de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional inaplicada al caso concreto.

Supuestos de incumplimiento del presupuesto formal de fundamentación del recurso de casación, lo podemos encontrar en las siguientes decisiones de la Sala Casatoria:

<sup>75</sup> Al respecto puede revisarse el sexto considerando del auto de calificación de recurso de casación N° 12-2008 (La Libertad) expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema con fecha 11 de julio de 2008.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el auto de calificación del recurso de casación N° 02-2007 (Huaura) de fecha 5 de julio de 2007, declaró inadmisibles dicho medio impugnatorio, al considerar que el recurrente se limitó a indicar que no se llevó un debido y correcto procedimiento y que se vulneró dos derechos fundamentales: debido proceso y derecho de defensa, respecto al debido proceso hace referencia expresa a la presunción de inocencia y con relación a la afectación al derecho de defensa no hace una fundamentación específica, señalando, así mismo, la Sala Casatoria, que el recurrente no identificó el aspecto o ámbito del derecho a la presunción de inocencia que se habría vulnerado para efectos de su control casatorio, y mas bien confundió los alcances de la casación, al pretender que el Colegiado Supremo realice un análisis independiente de los medios de prueba personales que no es posible hacer en virtud a los principios procesales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria, confundiendo juicio de suficiencia con el análisis autónomo de la prueba de cargo actuada, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano casatorio.

Similar criterio asumió la Sala Penal Permanente en el auto de calificación del recurso de casación N° 04-2008 (Huaura), de fecha 10 de marzo de 2008, donde declaró inadmisibles dicho medio impugnatorio porque "(...) la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnatoria (...)".

Si bien es cierto que la Sala Casatoria, al momento de efectuar la calificación de admisibilidad del recurso debe, en general, ser rigurosa al verificar la adecuada motivación del recurso, sobre todo en lo atinente a la alegación y sustentación de la causal invocada, sin embargo también podemos apreciar que el Colegiado casatorio, teniendo en consideración la novedad del recurso en materia penal y sobre todo teniendo como norte la unificación jurisprudencial respecto a temas con interés casacional, ha introducido el criterio denominado "voluntad impugnativa", por el cual, pese a los errores incurridos por el recurrente en cuanto a la alegación de la causal invocada, el órgano casatorio busca determinar cual es la causal

correcta, siempre y cuando el agravio se halle debidamente explicado y el mismo tenga interés casacional, de tenerlo se declarara bien concedido el recurso pasándose a la calificación de fondo.

Este criterio de la voluntad impugnativa tiene su antecedente en las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo Español, así en la Sentencia 392/2001 de 16 de marzo, se señala: "el principio de voluntad impugnativa constituye una doctrina sólidamente consolidada en la Sala – entre las mas recientes podemos citar las sentencias del tribunal Supremo de 26 de marzo y 18 de septiembre de 1992, 15 de octubre de 1998, 18 de febrero de 1999, 10 de marzo de 1999, 22 de febrero de 2000, y 19 de febrero de 2001 -, Según este principio, esta Sala de casación se estima legitimada para corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado aunque no haya sido objeto de denuncia casacional, y ello porque una vez asumida la plena jurisdicción por esta Sala en virtud del recurso formalizado, la subsanación de ese error de derecho apreciado de oficio por la Sala aparece como una consecuencia inevitable unida a la demanda de justicia que supone la formalización del recurso que integran una pretensión revocatoria de la sentencia dictada, y que en definitiva se relaciona con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en su concreta manifestación de dar respuesta razonada sobre los aspectos fácticos y jurídicos que ofrece el caso enjuiciado"<sup>76</sup>.

En el auto de calificación del recurso de casación N° 01-2007 (Huaura) de fecha 17 de mayo de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pese a reconocer que la sustentación de la causal alegada era equívoca, señaló: "(...) que no corresponde el motivo de casación sobre infracción de ley previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres, del citado Código porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, sino mas bien a denunciar la inobservancia de una norma

<sup>76</sup> Puede revisarse URIARTE VALIENTE, Luis Mª. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. La Ley, Madrid, septiembre 2007, pp. 810-811.

procesal penal, como son los preceptos sobre prisión preventiva (...) Que no obstante ello, en función al carácter tasado de los motivos de casación es de precisar que el cauce procesal que corresponde al caso sub materia es el previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Código Procesal Penal, y, en consecuencia, sobre ese motivo debe incidir el examen casacional; que a estos efectos es de asumir la concepción de la denominada "voluntad impugnativa", atento al contenido o fundamentación y a la pretensión hecha valer mediante el presente recurso (...) por lo que en aras de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional, que obliga a una interpretación no formalista de los requisitos de todo recurso impugnatorio, cabe entender que el recurso en cuestión tiene como motivo específico el previsto en el inciso dos del citado artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal".

La Sala Casatoria reitera la aplicación del criterio de "voluntad impugnativa" en el auto de calificación del recurso de casación N° 11-2007 de fecha 5 de noviembre de 2007, señalando que el mismo resulta "imprescindible para hacer valer el derecho a la tutela jurisdiccional en cuanto al acceso de los recursos legalmente previstos".

La flexibilidad que manifiesta en determinados casos la Sala Casatoria, respecto al cumplimiento del requisitos de motivación, entendemos responde a la novedad del recurso y a la necesidad de ir controlando temas con suficiente interés casacional que haga necesaria la búsqueda del establecimiento de criterios de unificación jurisprudencial. Entendemos que este es el sustento de la introducción del criterio de voluntad impugnativa, pero discrepamos que el mismo tenga su fundamentación en la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que se manifiesta, entre otros aspectos normativos, a través del aseguramiento de la doble instancia, requerimiento que se satisface a través del recurso de apelación, el que asegura, intra proceso, un doble pronunciamiento judicial ordinario.

## 6. Causales (Art. 429 del NCPP)

### 6.1. Casación Constitucional (Inciso 1°).

Causal que funciona cuando en la resolución cuestionada se haya inobservado o aplicado indebidamente o interpretado erróneamente, garantías constitucionales de carácter procesal o material.

En general aquí se hace referencia, entre otras, a las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el artículo 2° de la Carta Magna, así como a las normas que configuran un proceso garantista y que se hallan recogidas, principalmente, en el artículo 139 del texto constitucional (además de las normas referidas al Ministerio Público, que ayudan a configurar un modelo procesal acusatorio).

La vulneración a las mismas constituye causal para la interposición del recurso de casación. Esta causal puede ser sustantiva o adjetiva, de acuerdo a la norma específicamente vulnerada.

### 6.2. Casación Procesal (inciso 2°)

Esta causal procede si existe inobservancia de una norma procesal, y que la misma acarree la nulidad del acto. Esta es una típica causal adjetiva.

En este contexto se enmarca la denominada casación formal o por quebrantamiento de forma, la que "está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes"<sup>77</sup>.

Debe establecerse finalmente que el único supuesto de inobservancia de las formas procesales que acarrea la nulidad del acto procesal, ocurre cuando ello genera indefensión para alguna de las partes, ya que debe tenerse presente que la forma no se establece como un rito, y por ende no como una finalidad en si

<sup>77</sup> Tercer fundamento de derecho de la sentencia de casación N° 01-2007 (Huaura) de fecha 26 de julio de 2007.

misma, sino que por el contrario, cumple una función de garantía de derechos fundamentales de las partes.

### 6.3. Casación Material o sustantiva (inciso 3°)

Ocurre cuando se efectúa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación. Lo primero que hay que mencionar es que esta es una causal sustantiva, por ende las normas cuya inaplicación, o interpretación errónea o aplicación indebida se denuncian, deben tener naturaleza material, es decir deben tratarse de normas que reconozcan derechos o establezcan obligaciones y que no indiquen un procedimiento a seguir.

Cuando se denuncia indebida aplicación, lo que se está diciendo es que la instancia de mérito ha resuelto el conflicto aplicando una norma cuyo supuesto de hecho no subsumía lo ocurrido fácticamente, es decir se aplicó una norma impertinente, cuando se alega esta causal es requisito ineludible que el denunciante especifique, de acuerdo a su criterio, cuál era la norma aplicable. Cuando se denuncia la interpretación errónea de una norma de derecho material, lo que se está diciendo es que la norma aplicada por la Sala es la correcta, pero que no se le ha dado el sentido, el alcance o significado adecuado, cuando se alega esta causal es imprescindible que el denunciante especifique, de acuerdo a su criterio, cual es la interpretación correcta de dicha norma.

### 6.4. Casación por error in cogitando (inciso 4°)

Esta causal puede ser alegada cuando la resolución impugnada ha sido expedida con manifiesta ilogicidad de la motivación, lo que resulta evidente del propio tenor de la misma. La falta de logicidad en la construcción de la sentencias se le denomina vicio in cogitando, y en tanto y en cuanto está íntimamente vinculado a la obligación constitucional que tienen los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones, conceptuamos que se trata de un causal adjetiva.

### 6.5. Casación Jurisprudencial (inciso 5°)

Causal que puede ser alegada cuando la resolución, materia de cuestionamiento, se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Sin embargo en este tema debe tenerse presente lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza a los magistrados a apartarse de los principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, con la obligación de motivar adecuadamente su decisión, dejando constancia del precedente del que se están apartando. El inciso tercero del artículo 433 del nuevo Código Procesal Penal establece, que a pedido del Ministerio Público o de oficio, podrá decidir que lo resuelto en casación constituya doctrina jurisprudencial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales inferiores, y la que permanecerá con tal calidad hasta que no exista otra decisión jurisdiccional expresa que la modifique.

## 7. Trámite del recurso de casación

### 7.1. Fase de Interposición.-

El recurso de casación debe ser interpuesto ante el órgano jurisdiccional, cuya decisión se impugna, esto es ante las salas penales Superiores que han emitido pronunciamiento en apelación. Lo que quiere decir que el recurso de casación procede, con las limitaciones establecidas en el artículo 427 del NCPP, respecto a materia controvertida que ha merecido pronunciamiento de las dos instancias de mérito.

### 7.2. Calificación Superior.-

El recurso de casación tiene previsto un doble control de admisibilidad. El primer control está a cargo de la Sala Penal Superior, y el segundo a cargo de la Sala Casatoria, en este acápite nos ocuparemos del control superior de admisibilidad, en el que la competencia de revisión abarca los siguientes aspectos:

a) Verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 405 del NCPP., lo que en buena cuenta significa verificar el



cumplimiento de los presupuestos objetivo, subjetivo y formales de la casación.

b) Verificación de que el impugnante ha invocado las causales previstas en el artículo 429 del NCPP. En caso el recurrente alegue la causal referida al interés casacional, esto es la contemplada en el artículo 427.4 del NCPP, la Sala Penal Superior, debe constatar lo siguiente:

- Indicación y justificación de la causal correspondiente conforme a lo establecido en el artículo 429 del NCPP.
- Precisión de las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, es decir que explique porque su alegación trasciende su interés impugnativo y satisface el *jus constitutionis*.

De considerar, la Sala de Revisión, que el impugnante ha cumplido con las exigencias de admisibilidad mencionadas (La posibilidad de rechazo del recurso, está constreñida al incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 405 del NCPP o a la alegación de causales distintas a las previstas en el artículo 429 del NCPP, tal como lo establece el artículo 430.2 del acotado Código adjetivo) procederá a elevar el recurso a la Sala Casatoria.

### 7.3. Competencia de la Sala Casatoria (Artículo 432 y ss del NCPP)

En principio, la Sala Casatoria, tiene la potestad de realizar una revisión del concesorio de la Superior (segundo control de admisibilidad), aplicando estrictamente lo establecido en el artículo 428 del NCPP. Sobre todo la fundamentación de la causal alegada y su correspondencia con el agravio denunciado, salvo que entienda de necesidad casacional la aplicación de criterios de voluntad impugnativa.

De considerar bien concedido el recurso, la Sala casatoria procede a efectuar un pronunciamiento sobre el fondo del recurso, es decir va a analizar el contenido de las causales alegadas y su correspondencia con lo ocurrido en el proceso.

Como señalamos en el acápite referido a la clasificación de los recursos, la Casación es un

medio impugnatorio propio que otorga al órgano jurisdiccional competente capacidades positivas y negativas, es decir de decidir por sí el caso o de anulación.

En el primer caso, la Sala casatoria se sustituye en el lugar de la instancia que expidió la resolución de vista y emite la decisión respecto de la resolución apelada. Este mecanismo es utilizado normalmente cuando se ha denunciado agravios de naturaleza sustantiva. En el segundo caso, que normalmente está referido a causales adjetivas, la Sala Casatoria, luego de anular la resolución cuestionada ordena el reenvío del proceso, precisando el Juez o la Sala Penal Superior competente, así como señalará cual es el acto procesal que debe renovarse.

Si la anulación de la resolución impugnada es parcial, ésta tendría valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Casatoria declarará en la parte resolutive de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, que partes de la Sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

### 8. Irrecorribilidad de la sentencia casatoria (Art. 436 del NCPP)

La sentencia expedida por la Sala Casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en el Nuevo Código procesal penal.

En el mismo sentido tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Si lo será en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.

Es de aclarar que la llamada inimpugnabilidad de la sentencia casatoria debe entenderse como irrecorribilidad, ya que resulta viable cuestionar la misma a través de medios impugnatorios extra proceso, como la propia acción de revisión a la que hace mención el NCPP, o a través de acciones de garantía constitucional, según el caso.

### 9. Corolario

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación ha sido flexibilizada por nuestro modelo casatorio, a través de la incorporación de mecanismos como el interés casacional y la voluntad impugnativa, el primero permite que la regla del material casable tasado, sea ampliada, concediendo al órgano jurisdiccional la posibilidad de conocer, en sede casatoria, resoluciones judiciales que en circunstancias normales (en general por no poner fin al proceso ni causar agravio definitivo) sólo aceptan una revisión ordinaria. Esta capacidad atribuida a la Sala Casatoria, se sustenta en la función de unificación jurisprudencial que cumple el recurso de casación, finalidad, que a decir de Vecina al referirse a los agravios sustantivos y que válidamente puede aplicarse a los de naturaleza adjetiva, constituye, quizás, la principal función del medio impugnatorio bajo comentario: “La unidad del derecho penal a nivel interpretativo constituye, por tanto, la función prioritaria de la casación en la actualidad y la que desde su implantación ha dotado las misma de una trascendencia de la que carecen el resto de recursos (...)”<sup>78</sup>.

El segundo mecanismo, en esta línea de flexibilización, lo constituye “la voluntad impugnativa”, de origen jurisprudencial y no normativo como el primero, y a través del cual la Sala Casatoria puede “enderezar” los defectos de motivación o fundamentación del impugnante y efectuar una revisión en sede casatoria, respecto a temas que considere de relevancia casacional, en aras, justamente de la unificación de la jurisprudencia, mecanismo que requiere para su aplicación, que el agravio esté claramente establecido por el impugnante, aún cuando haya fallado en su labor de subsunción respecto de la causal alegada. Lo que en buena cuenta incorpora el instituto del *iura novit curia* en materia casacional.

Ambos mecanismos, ya sea el “interés casacional” o “la voluntad impugnativa”, otorgan al órgano casatorio un margen discrecional, que finalmente, le permite decidir o seleccionar que materia conocer, lo que de alguna forma implica

un acercamiento al modelo del *certiorari* aplicado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, cuya mayor parte de atribuciones son de naturaleza discrecional, conociendo solo una pequeña porción de causas que son sometidas a su consideración, de acuerdo a la regla de cuatro<sup>79</sup>.

Siendo la tendencia actual de la Sala Casatoria (ahora que aún el NCPP no está vigente en todo el territorio nacional y sobre todo en el distrito judicial de Lima), ampliar el umbral casatorio, lo que, entendemos responde a la novedad del recurso, pero sobre todo a la necesidad de ir estableciendo pautas normativo - jurisprudenciales generales sobre temas de marcado interés casacional, a fin de ir construyendo la doctrina jurisprudencial que permita contar con una justicia no sólo mas predecible sino además con una justicia que brinde un irrestricto respeto por los principios de igualdad y seguridad jurídica.

<sup>78</sup> VECINA CIFUENTES, J. Op. Cit., p. 128.

<sup>79</sup> Al respecto puede revisarse FIERRO-MENDEZ Heliodoro. *Sistema procesal penal de EE.UU.* Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, p. 47.

**CONCEPTO DE PATRIMONIO Y  
PERJUICIO PATRIMONIAL. LOS  
DEFECTOS CONGÉNITOS DE LA  
DOCTRINA ECONÓMICA DEL  
PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL  
DERECHO PENAL\***

Urs Kindhäuser\*\*

**I. Planteamiento del problema**

1. En el año 1887, el Tribunal Imperial alemán (*Reichsgericht*), el máximo tribunal alemán de revisión de aquel entonces, pronunció una decisión que sería del mayor significado para el desarrollo posterior del derecho penal patrimonial.<sup>1</sup> La ocasión para la decisión la ofreció el siguiente caso: alguien que expresamente quería celebrar un contrato de seguro a prima fija fue inducido, mediante engaño, a contratar un seguro a reciprocidad. Lo que había que probar era si este suceso ha de verse como estafa. En la dogmática del derecho civil existe una diferencia nada insignificante entre un seguro a prima fija y un seguro a reciprocidad. En un seguro a prima fija, el tomador del seguro paga periódicamente una determinada suma de dinero, obteniendo a cambio un derecho a la indemnización del daño eventualmente sufrido por el objeto asegurado. En cambio, en un seguro a reciprocidad la prestación a que se obliga el tomador del seguro es dependiente del daño que haya de ser efectivamente indemnizado por la compañía aseguradora. Normalmente, el tomador del seguro paga una suma de dinero relativamente baja, pero tiene que efectuar pagos posteriores en caso que aumente la frecuencia o magnitud de los daños. Por ejemplo: produciéndose una gran sequía, una aseguradora de inmuebles tendrá que asumir, en mayor medida que lo normal, costos de daños por incendio. Es evidente que un seguro a reciprocidad normalmente convendrá más al tomador del seguro, ya que su prestación pecuniaria es menor. Él queda, sin embargo, expuesto al riesgo de tener que efectuar pagos posteriores de producirse un incremento de los casos de daño. Pero este riesgo puede ser a su vez

limitado contractualmente, en tanto el deber de efectuar pagos posteriores sea restringido a una suma máxima.

Justamente así se dieron las cosas en el caso a ser decidido por el Tribunal Imperial. El cliente contrató, condicionado mediante engaño, un seguro a reciprocidad, en el cual, sin embargo, la obligación de efectuar eventuales pagos posteriores estaba limitada. En esta medida, el contrato efectivamente celebrado por el cliente le resultaba mucho más conveniente financieramente que el seguro a prima fija por él deseado. El contrato efectivamente celebrado, por ello, satisfacía completamente el fin que el cliente perseguía a través del seguro correspondiente.

En su decisión, el Tribunal Imperial negó que hubiese habido una estafa, con el argumento de que aquí habría faltado un perjuicio patrimonial. Mucho más que este resultado, sin embargo, fue su fundamentación lo que en la literatura encontró en parte aceptación enfática y en parte rechazo categórico.<sup>2</sup> Pues en su fundamentación, el Tribunal Imperial desarrolló una doctrina económica del perjuicio patrimonial que ha sido determinante hasta hoy. Es mi convicción, sin embargo, que el Tribunal Imperial erró garrafalmente al sentar las bases de esta doctrina, de modo tal que de la mano de esta decisión se dejan reconocer los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial, que hasta hoy prevalece en Alemania.

2. Pero antes de analizar la doctrina del perjuicio patrimonial desarrollada por el Tribunal Imperial, hay que entrar en la pregunta previa de si el comportamiento del autor puede ser visto como merecedor de pena de acuerdo con los principios generales. Esto, dado que la solución del Tribunal Imperial estuvo notoriamente motivada por la impresión de una falta de merecimiento de pena del comportamiento del autor.

En su configuración actual, la estafa es un delito relativamente joven, que recién tras la codificación napoleónica ingresó al derecho penal

\* Traducción de Juan Pablo Mañalich R.

\*\* Catedrático en la Universidad de Bonn, Alemania.

<sup>1</sup> RGSt 16, 1 ss.

<sup>2</sup> Acerca de ésta y ulteriores decisiones fundamentales del Tribunal Imperial véase sólo *Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 1. Band, 2<sup>o</sup> ed., 1902, pp. 358 ss., con referencias ulteriores.

europeo como delito contra el patrimonio.<sup>3</sup> Tradicionalmente, la estafa perteneció, por el contrario, a los delitos de falsedad originados en el derecho romano, cuyo núcleo de deberes de verdad. En esta medida, los hermanos de la estafa son los delitos de falso testimonio, falsificación de moneda y falsificación documental. Y todavía es usual en alemán hablar de “estafa” para designar el adulterio.

La diversificación de los delitos de falsedad en grupos de delitos específicos obedeció sobre todo a dos razones. Por de pronto, el liberalismo capitalista naciente exigía mecanismos de mercado que permitieran un tráfico comercial fluido. Para ello sólo se requería una protección frente a falsedades allí donde fuese necesaria una confianza en la funcionalidad del mercado y en los sistemas estatales para su aseguramiento. Por ello, ya no era necesario proteger un derecho general a la verdad, sino sólo, por ejemplo, la seguridad de las certificaciones a través de documentos, la funcionalidad de la judicatura y la confianza en la verdad de la información en el intercambio de mercancías.

La segunda razón para el retroceso de un derecho general a la verdad a favor de intereses de protección específicos se encuentra en el surgimiento del liberalismo político, que tuvo sus raíces en la filosofía de la ilustración y su irrupción práctica en la revolución francesa. De gran influencia en Alemania fue la filosofía moral de Kant, que a través de su discípulo Feuerbach sentó las premisas fundamentales del derecho penal. Según este entendimiento, el derecho tiene exclusivamente la tarea de garantizar a cada ciudadano un espacio de libertad que sea compatible con los espacios de libertad de todos los demás con arreglo a una ley general de igualdad. Consiguientemente, sólo la intervención en la esfera de libertad protegida de otro puede constituir un injusto. La consecuencia de esta doctrina es la exigencia de formulación exacta de aquellas condiciones bajo las cuales resulta lesionada la libertad individual. Estas condiciones de libertad individual constituyen, a su vez, los objetos de los derechos individuales de libertad,

<sup>3</sup> Para una breve revisión histórica véase Kindhäuser, Nomos Kommentar zum StGB, 2° ed. 2005, § 263 n.m. 1 – 8.

esto es – para decirlo modernamente –, los bienes jurídicos del individuo.

La doctrina del bien jurídico del liberalismo político, así como las exigencias impuestas por el capitalismo en cuanto a los mecanismos de un mercado funcionalmente satisfactorio, fueron las influencias determinantes y al mismo tiempo complementarias para el moderno derecho penal. Ciertamente hubo otras ideas que también han encontrado recepción en el derecho penal, como por ejemplo el principio de solidaridad o el principio de responsabilidad por el medioambiente. Pero el modelo antropológico dominante para el derecho penal moderno es el ciudadano liberalmente concebido, con una fuerte orientación hacia el *homo oeconomicus*.

De ello se sigue que la agresión contra la mera libertad de decisión ajena cometida mediante engaño no exhibe, según las valoraciones del derecho penal moderno, suficiente sustancia de injusto como para ser merecedora de pena. Antes bien, para volverse merecedor de pena, el engaño tiene que aparecer como un medio para la intervención en un bien jurídico específico que sirva al libre desarrollo del engañado.

En contra del merecimiento de pena de un mero engaño en el tráfico jurídico también habla, por último, el hecho de que las consecuencias de un negocio jurídico condicionado mediante engaño se dejan fácilmente revertir por medio de la anulación de la declaración de voluntad condicionada por el error correspondiente. El derecho civil alemán prevé una invalidación en caso de engaño incluso cuando éste provoca un mero error de motivos en el engañado (párrafo 123 párrafo 1° Código Civil alemán).

3. Para fundamentar un injusto penal en el caso ya considerado, junto a la provocación del error a través de engaño tenía que concurrir una intervención ulterior en la esfera de libertad del cliente engañado. Este elemento de injusto adicional tendría que consistir, según el tenor literal del tipo de la estafa, en un perjuicio para un patrimonio ajeno. Al pronunciar el Tribunal Imperial su decisión, el así llamado concepto jurídico de patrimonio era dominante en la ciencia jurídico-penal alemana. Cuán poco convincente es este concepto, sin embargo, se

hace particularmente claro de cara a nuestro caso. A continuación quisiera explicar esto más de cerca.

## II. La doctrina jurídica del perjuicio patrimonial

1. De acuerdo con el concepto jurídico de patrimonio, a éste pertenecen, positivamente, todas las pretensiones de carácter jurídico-patrimonial, así como, negativamente, todas las obligaciones de carácter jurídico-patrimonial de una persona. Los derechos patrimoniales son todos aquellos derechos que tienen como objeto bienes transferibles. De esta manera se distinguen los derechos patrimoniales de los derechos personalísimos, cuyo objeto está constituido por los bienes intransferibles de una persona – como por ejemplo, el honor, la integridad corporal y la vida.

De entrada es sorprendente que el concepto jurídico de patrimonio no vea el objeto de un derecho o una obligación, sino el derecho o la obligación misma como componente patrimonial. A mi patrimonio no pertenecería, según esto, mi reloj, sino mi propiedad sobre el reloj.

Esta definición del patrimonio tiene consecuencias para la determinación del perjuicio patrimonial, que de acuerdo con las premisas del concepto jurídico de patrimonio puede consistir o bien en la lesión de un derecho o bien en el gravamen con un deber.<sup>4</sup> Mientras se trate de delitos contra la propiedad – como por ejemplo el hurto – resulta fácil construir un perjuicio patrimonial sobre esta base. Pues el ladrón en todo caso lesiona el derecho ajeno a la posesión de la cosa hurtada que se deriva de la propiedad. Tratándose de la celebración de contratos sinalagmáticos, en cambio, el concepto jurídico de patrimonio es fuente de perplejidades considerables.

Supóngase que alguien compra un anillo de latón creyendo, a consecuencia de un engaño, que el anillo sería de oro. En este caso, el comprador resulta gravado con la obligación de pagar el precio de compra. No obstante, el comprador

<sup>4</sup> Véase Binding, Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2° ed. 1902, p. 353 ss., con indicaciones ulteriores.

contrae esta obligación a sabiendas, lo cual significa que en esta medida el engaño y el perjuicio patrimonial no están conectados causalmente. Luego, un perjuicio patrimonial relevante en el sentido de la estafa sólo podría consistir en la lesión, condicionada mediante engaño, del derecho al traspaso del anillo. Pero esta pretensión no resulta lesionada, puesto que el anillo sí es transferido al comprador. El comprador recibe exactamente el anillo que ha comprado. El comprador ciertamente podría reclamar la invalidez del contrato en virtud del engaño acerca de la calidad del anillo; pero si él lo hace, entonces el contrato será nulo *ex tunc*, es decir, retroactivamente, con lo cual no habrá un derecho del comprador que el vendedor pudiera haber lesionado mediante engaño.

Este problema, a saber, que la adquisición de un derecho no puede conllevar perjuicio alguno, ha sido detectado ciertamente por los defensores del concepto jurídico de patrimonio. Karl Binding, el autor aquí determinante, recurre a una construcción auxiliar en la forma de una *culpa in contrahendo*, esto es, de una responsabilidad precontractual.<sup>5</sup> Ya a consecuencia de las acciones preparatorias del contrato, el comprador habría adquirido el derecho a que se le transfiera, en caso de perfeccionarse en definitiva la compraventa, un anillo de oro. Pero el derecho civil no conoce una tal construcción. Pues en la responsabilidad precontractual del derecho civil se trata de la protección del interés negativo de una de las partes de no ser perjudicada a consecuencia de las acciones preparatorias del contrato. Dejando de lado excepciones, esto no permite construir una pretensión referida al interés positivo de que un contrato aún no perfeccionado tenga un determinado contenido. De tomarse en serio esa construcción, entonces uno podría, por ejemplo, eludir cualquier exigencia formal de determinados contratos solemnes invocando acciones preparatorias carentes de toda formalidad para así tener configurada la correspondiente obligación de la contraparte.

Así, el concepto jurídico de patrimonio, tal como lo defendiera Binding, sólo puede ser calificado

<sup>5</sup> Binding, Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2° ed. 1902, p. 359 s.

como una construcción fallida. Pues este concepto precisamente no es lo que el mismo pretende ser, a saber, accesorio respecto del derecho civil. Si bien el derecho civil conoce perjuicios en el sentido de la pérdida de un derecho, el caso normal de perjuicio es el de la disminución del valor del objeto de un derecho. Por ello es posible hablar sin más de un perjuicio patrimonial cuando ciertas partes de un inmueble son destruidas por una tormenta, a pesar de que aquí el derecho sobre el inmueble no resulta afectado en modo alguno.

En el caso al cual estaba referida la decisión del Tribunal Imperial, el cliente tampoco había sufrido el menoscabo de un derecho. Pues él obtuvo, a través del contrato, una pretensión de indemnización de perjuicios contra la compañía aseguradora. Él no tenía derecho alguno a la celebración de un contrato distinto del efectivamente celebrado, de manera tal que él no se vio lesionado en sus derechos por el hecho de celebrar un contrato distinto del contrato por él pretendido. En virtud del engaño, él sólo tenía el derecho a invalidar retroactivamente el contrato de hecho celebrado.

2. Es digno de resaltar que en el caso ya mencionado el Tribunal Imperial no haya entrado en una construcción del perjuicio patrimonial en el sentido de *Binding*. Antes bien, el tribunal afirmó que, de acuerdo con la doctrina jurídica del patrimonio, ya se habría dado un perjuicio si, de no haber actuado bajo error, el engañado no hubiera celebrado el contrato. Pero de esta manera, así proseguía el tribunal, no se dejaría establecer perjuicio alguno que fuese independiente del engaño, tal como lo exige, sin embargo, el tipo de la estafa. Indudablemente, uno tendrá que estar de acuerdo con el tribunal a este respecto, y ya con independencia de si alguna vez siquiera haya sido defendida seriamente la construcción del perjuicio por él criticada.

### III. La doctrina económica del perjuicio patrimonial

1. Si se busca determinar un resultado de perjuicio patrimonial que sea conceptualmente independiente de la acción del engaño, entonces hay que poner la vista en las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Éste también

fue el punto de partida del Tribunal Imperial en el desarrollo de su doctrina del perjuicio. Éste refirió su concepto de patrimonio al objeto de los derechos patrimoniales y no a los derechos mismos. Al patrimonio de una persona han de pertenecer, de este modo, los objetos que le corresponden en virtud de sus derechos transferibles.

Tampoco el segundo paso dado por el tribunal parece problemático a primera vista. Éste consiste en sumar el valor de todos los objetos que se atribuyen a una persona en virtud de su posición jurídica para así obtener un valor global expresable en dinero y designar este valor global como su patrimonio.<sup>6</sup> Y el Tribunal Imperial añadía literalmente: “Esta totalidad sólo puede ser dañada por el hecho de que su valor global sufra ... una disminución en dinero”.<sup>7</sup>

Tras una consideración más atenta resulta, sin embargo, que entender el patrimonio como el valor global de la suma de todos los objetos patrimoniales de una persona no sólo es superfluo, sino ya dogmáticamente desafortunado. Ya por razones prácticas, parece poco plausible tener que contabilizar el valor global de los objetos patrimoniales de una persona, y entonces, una vez producida la disposición patrimonial condicionada por error, volver a contabilizar el valor global del patrimonio para establecer si éste ha disminuido o no. Para poder establecer esto, habría que solicitar al perjudicado que proveyera un estado contable detallado, por no mencionar el complicado procedimiento de medición de los valores correspondientes, que sería igualmente necesario. Así por ejemplo, las acciones bursátiles pertenecientes al potencial engañado podrían caer o subir drásticamente al momento de la disposición, sin que esta disminución o este incremento patrimonial tuviera que ver en lo más mínimo con la disposición misma.

Pero incluso si uno renuncia a determinar el perjuicio patrimonial, según la definición del Tribunal Imperial, computando el valor global de todos los objetos patrimoniales – y ningún tribunal ha llegado a hacer esto alguna vez –, sino que sólo considera los movimientos patrimoniales

<sup>6</sup> RGSt 16, 1 (3).

<sup>7</sup> Ebda.

inmediatamente relacionados con la disposición patrimonial, la idea de una comparación del valor global de todas formas lleva al extravío. Pues los movimientos patrimoniales pueden generar pretensiones jurídicas contra el autor o contra terceros, las cuales pueden compensar o aun mejorar la situación financiera del potencial perjudicado. Esto explica que la jurisprudencia posterior sólo atienda a bajas o alzas de valores patrimoniales que resulten inmediatamente de la disposición patrimonial.<sup>8</sup> Carecen de efecto compensatorio, por el contrario, la renuncia posterior del autor a la pretensión obtenida, así como las pretensiones legales compensatorias, en particular las pretensiones de indemnización de perjuicios o por enriquecimiento injusto,<sup>9</sup> así como también los derechos a invalidación o los derechos de caución.<sup>10</sup> También ha de quedar fuera de consideración que las circunstancias a ser valoradas se vean posteriormente modificadas con independencia de la disposición patrimonial<sup>11</sup> o que terceros efectúen pagos de compensación.<sup>12</sup> Por último, las pretensiones indemnizatorias del eventual perjudicado emanadas de contratos de seguro también han de carecer de relevancia para el cómputo. Ello es ciertamente sensato: ¿pues por qué debería verse favorecido el autor de un estafa por el hecho de que la pérdida patrimonial por él provocada sea compensada por un seguro, de modo tal que al final la víctima no experimente una desventaja neta?

Con esto, cabe mantener lo siguiente: la operación de saldar el valor global de los objetos patrimoniales del potencial perjudicado, exigida por el Tribunal Imperial, no sólo es impracticable, sino también absurda. Pues en el cómputo también tendrían que ingresar posiciones patrimoniales que desde el punto de vista del fin de protección de la norma no deberían ser consideradas a favor del autor. Una dogmática jurídico-penal practicable ha de construirse de otra manera. Si desde el principio el Tribunal Imperial se hubiese concentrado exclusivamente

<sup>8</sup> BGH wistra 1999, 263 (265 s.).

<sup>9</sup> RGSt 41, 24 (27); 44, 230 (239); BGH wistra 1993, 265 (266).

<sup>10</sup> BGHSt 21, 384; 23, 300; BGH NJW 1985, 1563.

<sup>11</sup> Acerca negocios de riesgo y precios de títulos de valor véase BGHSt 30, 388 (389 p.); v. *Ungern-Sternberg* ZStW 88, 689.

<sup>12</sup> RGSt 41, 24 ss.

en la comparación de los valores de las prestaciones y contraprestaciones asociadas al contrato, la judicatura alemana se habría ahorrado muchos esfuerzos y complicaciones.

2. Ahora bien: incluso cuando las prestaciones que surgen del negocio fraudulento son puestas en relación una con la otra, de todos modos se plantea la pregunta de por qué el valor pecuniario de ambas prestaciones habría de servir de estándar de comparación. El Tribunal Imperial no fundamenta esto, si bien porque da por sentado que el criterio del valor pecuniario sería evidentemente plausible. Ello pudiera ser correcto, en tanto el valor pecuniario parece ser un criterio de comparación objetivo – mas sólo a primera vista.

Pues el valor pecuniario es dependiente del mercado y se determina en función de la oferta y la demanda. Lo cual significa: si cae la demanda por un objeto, éste pierde de un golpe su valor. Esto es especialmente cierto tratándose de bienes de consumo privado. A modo de ejemplo: cada compra de una camisa por parte de un consumidor privado constituye, objetivamente, un negocio perjudicial desde la perspectiva de la continuidad del valor de su patrimonio, ya que en sus manos la camisa vale menos que en manos del vendedor. No existe mercado alguno en el cual un individuo privado pueda vender sus camisas al precio comercial usual. Puede que el valor pecuniario sea un estándar de comparación objetivo; pero no constituye una propiedad o característica constante de una cosa.

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), el máximo tribunal alemán de revisión en la actualidad, elude el problema al atenerse al precio de venta tratándose de compraventas de mercaderías. En un célebre caso, el comprador de un pantalón fue engañado acerca de su calidad.<sup>13</sup> A él se hizo creer que el precio del pantalón correspondía a una oferta particularmente conveniente.

En efecto, el pantalón era de mala calidad, pero su precio de venta se ajustaba al valor comercial usual. El Tribunal Supremo Federal negó aquí un perjuicio, dado que la calidad del pantalón correspondía a su precio de compra. Pero de este

<sup>13</sup> BGHSt 16, 220.

modo el Tribunal Supremo Federal se valió de un truco en la presentación de los hechos. El tribunal hace desviar la atención desde el patrimonio del comprador hacia el patrimonio del vendedor. El comprador obtiene el pantalón por el precio que habría podido conseguir bajo condiciones usuales de venta. En esta medida, el vendedor no experimenta una pérdida, así como tampoco una ganancia considerable. Para el comprador en cambio, de cuyo patrimonio efectivamente se trata, la situación es distinta. En sus manos, el pantalón comprado vale menos que el dinero que ha pagado por él; su patrimonio indudablemente ha disminuido. Este hallazgo es pasado por alto por el Tribunal Supremo Federal, en tanto éste, en lugar del valor real del pantalón en manos del comprador, pone la vista en el valor que el pantalón tiene en manos del vendedor.

Que esta forma de cómputo patrimonial sea llamada “económica”, resulta casi irrisorio. Basta con imaginarse a una empresa haciendo un inventario de su patrimonio, la cual valorara sus máquinas y mercaderías no según el efectivo valor de aprovechamiento o venta, sino según el valor que habría que pagar por ellas si las máquinas y mercaderías aún tuviesen que ser compradas. Ello constituiría, con arreglo a principios contables, una manifiesta adulteración de balances.

3. Cuán poca idónea en términos prácticos resultó ser la doctrina económica del perjuicio patrimonial impulsada por el Tribunal Imperial, se deja ilustrar a través del siguiente caso:<sup>14</sup> un comerciante llegó hasta la puerta de la casa de una mujer, que era analfabeta, ofreciendo venderle un instrumento de aprendizaje con ayuda del cual ella supuestamente podría, en poco tiempo, aprender a leer y escribir. El artefacto, de eso no había dudas, valía su precio en el mercado. Pero era completamente inútil para la compradora, por no ser adecuado para el auto-aprendizaje.

Si en 1887 el Tribunal Imperial hubiese tenido que decidir este caso, el desarrollo del derecho penal patrimonial en Alemania con seguridad habría seguido un cauce muy diferente. Pues aquí

<sup>14</sup> Según OLG Köln NJW 1976, 157; referencias a ulteriores casos de la praxis en Kindhäuser, Nomos Kommentar zum StGB, 2° ed. 2005, § 263 n.m. 259.

se muestra claramente que el valor de mercado de las mercancías sólo puede ser relevante para quienes de hecho participan en el mercado. En el caso del ejemplo, esto valdría incluso si el instrumento de aprendizaje hubiese sido vendido a la analfabeta por debajo del valor de mercado. Los consumidores privados no adquieren alimentos, artículos de necesidad y artículos de lujos para así volver a balancear financieramente su patrimonio conservando su valor global, sino para seguir viviendo, abrigarse y organizar su vida cotidiana con arreglo a sus propios intereses. En nuestro caso, lo que la analfabeta quería a cambio de su dinero no era adquirir un objeto patrimonial de igual valor, sino acometer la tarea de aprender a leer y escribir. Dicho brevemente: el sentido y el fin del negocio resultan totalmente falseado si uno lo reconstruye como un intercambio de valores patrimoniales.

Esto evidentemente también vale – y hay que enfatizarlo especialmente – para el tráfico comercial. Quien lleva un negocio dedicado a la venta de zapatos italianos de diseño y, a consecuencia de un engaño, suscribe un contrato referido a la entrega de computadores o de zapatillas chinas, efectúa una inversión fallida, también cuando los computadores o las zapatillas valgan su precio en el mercado. Un panadero adquiere harina, porque con ésta pretende hornear y vender pan, y no porque quiera agregar la harina a su patrimonio en atención a su valor financiero – y justamente esta característica determinante del actuar económico resulta desconocida por la doctrina económica del perjuicio patrimonial.

Lamentablemente, ni el caso de la analfabeta ni una serie de casos similares fueron razón suficiente para que la doctrina del perjuicio impulsada por el Tribunal Imperial fuese dejada de lado. La jurisprudencia no negó, sin embargo, como habría sido consecuente con esa doctrina, un perjuicio patrimonial en estos casos. Antes bien, lo que ella hizo fue crear un nuevo concepto de perjuicio, el así llamado impacto perjudicial individual (*individueller Schadenseinschlag*). Esto significa: en principio, cada perjuicio patrimonial ha de ser determinado de acuerdo con la operación de saldo del patrimonio global antes y después de la disposición patrimonial. Sólo en el caso de que el objeto recibido carezca de toda

utilidad práctica para el engañado habría que afirmar un perjuicio a pesar de la equivalencia financiera entre prestación y contraprestación. No es necesario explayarse para demostrar que la articulación más precisa de este principio de regla-excepción resulta dogmáticamente oscura.

4. Además de los casos de impacto perjudicial individual, los partidarios de la doctrina económica del perjuicio desde siempre han enfrentado una especial dificultad en los casos de disposiciones patrimoniales unilaterales. Pues en cada donación, por ejemplo, desde el principio falta un equivalente económico que pudiera agregarse compensatoriamente al patrimonio del donante. En la estafa de donaciones, el engaño se encuentra normalmente referido al fin del donativo. Puesto que este fin no constituye un equivalente con valor pecuniario, y el engañado a sabiendas reduce su patrimonio a través del donativo, tendría que ser negada una estafa por falta de error acerca del carácter perjudicial de la disposición patrimonial. Para evitar este resultado y poder tener por punible la estafa de donaciones, muchos prescinden entonces de la doctrina económica del perjuicio. Así por ejemplo, se atribuye un valor al fin del donativo siempre que éste tenga un sentido social, lo cual debería ser el caso cuando se trata del cumplimiento de un deber moral o de decencia.<sup>15</sup> Lo que en verdad tiene lugar aquí, sin embargo, es una renuncia a las premisas de la doctrina económica del perjuicio.

5. En el último tiempo, en Alemania han cobrado importancia casos en que de lo que se trata no es de una estafa sino de una administración desleal (*Untreue*). Se trata de casos de utilización inapropiada de fondos presupuestarios estatales por la administración pública. A modo de ejemplo, considérese la situación de una ley de presupuesto parlamentario que establece una determinada suma de dinero para el funcionamiento y mantenimiento de un teatro público. El director del teatro contrae obligaciones, sin embargo, que superan por mucho su presupuesto; él ordena, por ejemplo, la construcción de un nuevo escenario.

<sup>15</sup> Véase por ej. Cramer JZ 1971, 416; Goldschmidt ZStW 48 (1928), 149 (158).

Aquí vuelve a aparecer, de forma levemente modificada, el problema crucial de la doctrina económica del perjuicio. Las tareas de construcción del escenario pueden perfectamente corresponderse con su valor pecuniario, así como haber sido correctamente concesionadas. Mas los fondos públicos son fondos que siempre están de paso. Por naturaleza ellos son usados para fines de inversión y no para la conservación de un determinado estado patrimonial. Frecuentemente querrá el Estado incluso, por ejemplo tratándose de subvenciones, disponer de fondos a modo de pérdida, para así activar el desarrollo económico, cultural o social en un determinado ámbito. ¿Cómo tendría uno que poder determinar aquí un perjuicio a través de una operación de saldo?

#### IV. Acerca de la doctrina de la frustración del fin

1. Quisiera dejar hasta aquí la lista de puntos de crítica, que todavía se dejaría extender considerablemente. Como resultado cabe mantener que son tres las tesis de la decisión del Tribunal Imperial mencionada al comienzo que se han mostrado como altamente problemáticas para el desarrollo jurídico posterior, a saber (primero) que el patrimonio de una persona consistiría en el valor global de sus objetos patrimoniales, (segundo) que el valor global habría de determinarse con ayuda del respectivo valor de mercado, y (tercero) que un perjuicio se produciría cada vez que el valor global per saldo del patrimonio se reduce a consecuencia de la disposición patrimonial relevante.

Este procedimiento altamente complicado para la determinación del perjuicio es tan poco practicable como necesario en la práctica. Antes bien, en la praxis judicial el establecimiento del perjuicio se circunscribe de hecho a la contabilización de la prestación y la contraprestación, surgiendo problemas, entonces, cada vez que ya por la sola disposición sobre ellos los bienes ven disminuir su valor comercial. Pero además, las disposiciones patrimoniales por regla general no tienen como tarea, ya sea en el ámbito privado o en el tráfico comercial, preservar en un nivel constante la situación financiera de las partes de un contrato; de lo contrario sería imposible obtener una ganancia, la motivación elemental de la actividad económica

capitalista, a través de una disposición patrimonial. Los dineros son siempre invertidos, antes bien, para la obtención de fines que van más allá del negocio. En tal medida, comprar un poco de pan tiene sentido sin más: si bien uno ha perdido el dinero del precio de compra, a cambio de ello uno queda sin hambre y puede seguir viviendo.

Por ello, los problemas de la determinación del perjuicio se dejan solucionar con toda facilidad si en vez de atender al cómputo financiero se atiende a la obtención del fin de la inversión. La obtención del fin es, en otras palabras, el equivalente que compensa la disminución financiera que se sigue de la disposición patrimonial. Y esto significa: un perjuicio patrimonial se produce allí donde el fin asociado a la disposición patrimonial no es alcanzado.

2. El concepto del fin de una inversión requiere todavía alguna clarificación. Obviamente, el fin determinante no puede ser cualquier motivo, deseo o expectativa que alguien asocie a una disposición patrimonial. De lo que se trata, más bien, es del fin que aparece como fundamento del negocio respectivo. Este fin tiene que resultar expresado claramente y ser aceptado por la contraparte del negocio.

Volviendo a nuestros ejemplos: quien confirma a un cliente que un anillo sería de oro, ha reconocido con ello el fin perseguido por el cliente, consistente en adquirir un anillo de oro. Quien vende a una analfabeta un artefacto para aprender a leer y escribir, ha aceptado con ello que el aparato debe servir a la consecución de este fin de la inversión. Quien efectúa un donativo para las víctimas de un terremoto no alcanza su fin si el recaudador de las donaciones se mete el dinero en el propio bolsillo. Y a quien compete la administración de fondos públicos queda sujeto a la exigencia de utilizarlos ahorrativamente y con arreglo a los objetivos preestablecidos.

El fin de una inversión puede frustrarse de dos maneras. El disponente puede, de una parte, apreciar incorrectamente la propia prestación, por ejemplo obligándose, al firmar un contrato escriturado, a pagar un precio más alto que el convenido consensualmente. Pero él también

puede, como lo es en el caso normal, errar acerca de la calidad y la adecuación de la contraprestación respecto del fin perseguido.

3. Una doctrina del perjuicio patrimonial que atiende al fin de las inversiones correspondientes puede ser designada sin más como “económica”. Pues economizar quiere decir invertir en dirección a un fin. Y una tal doctrina del perjuicio también se ajusta al bien jurídico protegido. En el idioma alemán, la palabra “patrimonio” (*Vermögen*) es una forma sustantivada del verbo “ser capaz de” (*vermögen*), en el sentido de “poder” (*können*). Así visto, el patrimonio es la expresión cosificada del desenvolvimiento individual. Lo cual, por su parte, no significa otra cosa que perseguir fines de conformidad con los propios intereses.

4. Cabría preguntar, finalmente, cuál habría sido la decisión del Tribunal Imperial sobre la base de una doctrina de la frustración del fin. Pienso que uno tendría en todo caso que negar un perjuicio. Pues el cliente consiguió justamente la cobertura de seguro que él pretendía conseguir. Algo distinto valdría, empero, si durante las acciones preparatorias del contrato hubiese quedado de manifiesto que para el cliente por alguna razón en particular hubiera sido significativo el seguro a prima fija. Pues entonces habría existido un fin adicional no susceptible de ser alcanzado a través del seguro efectivamente contratado, con lo cual el cliente habría resultado, por falta de obtención del fin, patrimonialmente perjudicado.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL EN ESTRUCTURAS JERÁRQUICAMENTE ORGANIZADAS Y COMPLEJAS

Elena B. Marín de Espinosa Ceballos\*

### I. Introducción

En la actualidad, el Derecho Penal debe enfrentarse a nuevos y complejos problemas. Uno de ellos es la comisión de delitos aprovechando la estructura empresarial, esto es, valiéndose de estructuras organizadas y complejas basadas en los principios de división funcional del trabajo y de jerarquía. Estas características son propias no sólo de las grandes empresas, sino también de las organizaciones criminales y de los aparatos organizados de poder, como por ejemplo, organizaciones criminales o mafias dedicadas al narcotráfico, a la prostitución o al blanqueo de dinero, donde hay un jefe y un grupo más o menos numeroso de subordinados que obedecen sus órdenes ilícitas. Otro ejemplo de ello, lo constituyen los aparatos organizados de poder como las anteriores dictaduras militares de Argentina, de Chile o el totalitarismo de la República Democrática Alemana. En estos casos hay un aparato de poder al margen de Ley o, incluso, el propio poder estatal es el criminal, con una estructura cuasi-militar perfectamente estructurada y jerarquizada. También, como se ha señalado, en las grandes empresas puede ocurrir que, aprovechando la estructura organizada y con el fin de obtener mayores beneficios económicos, la dirección ordene la realización de actividades delictivas como, por ejemplo, atentar contra los derechos de los trabajadores no facilitándoles los medios legalmente exigidos para la prevención de riesgos laborales; también pueden realizar delitos contra el medio ambiente al realizar vertidos contaminantes sin respetar los niveles de contaminación permitidos por las disposiciones legales.

La responsabilidad criminal de los que intervienen en estas estructuras jerárquicamente organizadas presenta sus propios problemas en el ámbito de autoría y participación porque la dogmática clásica está diseñada a partir de un delito concebido como una conducta individual y

\* Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

que generalmente tiene una sola víctima. Por ello, surgen serias dificultades cuando a través de ella se quiere dar solución a casos más complejos, donde el hecho delictivo es realizado por un grupo de personas organizadas jerárquicamente y con división de funciones. Generalmente, el delito es diseñado y planificado por los jefes o directivos que dan órdenes o instrucciones a los mandos intermedios para que la transmitan, a su vez, a otros subordinados que van actuando en cadena, siendo finalmente la orden constitutiva de delito ejecutada por aquellos que se encuentran en los últimos eslabones de la cadena.

En estos casos, suele ocurrir que aquellas personas que ocupan los puestos inferiores en la organización criminal, en el aparato organizado de poder o en la cadena de producción de la empresa son responsabilizados por el resultado lesivo, ya que son quienes ejecutan materialmente el delito. Por el contrario, los altos cargos que dirigen quedan impunes pese a que diseñaron y planificaron el delito. Este hecho ha sido denunciado por la doctrina<sup>1</sup> y en la actualidad la tendencia es a la inversa, es decir, se intentan buscar estructuras de imputación para responsabilizar también a las personas que están situadas en los niveles superiores a los que ejecutan el delito.

La solución a estos problemas será el objeto central de este trabajo. Esto es, en primer lugar, determinar la responsabilidad criminal de los que intervienen en la realización de un delito aprovechando la estructura de la empresa, partiendo de la premisa de que todos los que intervienen tienen conocimiento de que con su conducta se producirá el resultado típico, siendo ese resultado constitutivo de un delito de comisión común. En segundo término, se hará referencia a un supuesto específico de este grupo de casos: aquél en el que la dirección de la

<sup>1</sup> En este sentido se manifiesta SILVA SÁNCHEZ. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español* en Libro Homenaje a Claus Roxin, Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1995, p. 369; MARTINEZ-BUJAN PÉREZ. *Derecho Penal económico. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, p. 197; BAUTISTA GONZALEZ. En BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Curso de Derecho Penal económico*. Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 87.

empresa es asumida por un grupo de personas constituidas en un órgano colegiado. En estos supuestos, el acuerdo delictivo se realiza mediante la votación de los miembros del Consejo de Administración y, por ello, es preciso determinar la responsabilidad criminal de cada uno de ellos (los que votaron a favor, los que votaron en contra, los que se abstuvieron y la de los que no asistieron a la reunión).

## II. La responsabilidad penal de los que intervienen en la organización empresarial

La responsabilidad criminal de los que intervienen en la comisión de un delito común, cuando todos tienen conocimiento de que con su aportación al hecho se produce un resultado lesivo, valiéndose de la estructura jerárquica y de la división del trabajo es un tema muy polémico. En la doctrina no hay unanimidad sobre cual es el grado de imputación de cada uno de ellos (si son autores o partícipes). La respuesta a este problema puede ser abordada a través de las teorías clásicas de autoría y participación (Soluciones de la dogmática tradicional) o desarrollando nuevas teorías que ofrezcan una solución expresa para estos casos (Modernas construcciones dogmáticas).

### A. Soluciones de la dogmática tradicional

#### a. La responsabilidad de los subordinados que ejecutan materialmente el delito

Los subordinados que ejecutan el hecho delictivo constitutivo de un delito común tienen conocimiento sobre la ilicitud de su conducta cuando cumplen la orden emitida por el superior jerárquico. Estamos haciendo referencia a supuestos como, por ejemplo, el Consejo de Administración de una empresa para obtener mayores beneficios adopta el acuerdo de arrojar unos vertidos contaminantes en un río cercano, de esta manera no hay que adquirir contenedores especiales como establece la legislación vigente y se puede ahorrar gran cantidad de dinero. Se emite esa orden a los conductores de los camiones cisterna y éstos se desplazan hasta el lugar establecido vertiendo las sustancias contaminantes en un río próximo. También en otros ámbitos de estructuras jerárquicamente organizadas como, por ejemplo, el subordinado,

obedeciendo la orden que le ha dado el jefe de la organización criminal, traslada a un burdel de carretera a tres prostitutas inmigrantes y recoge el dinero que se había acordado por la venta de las mujeres. El soldado que se encuentra vigilando la zona fronteriza del muro de Berlín dispara a una persona que intentaba cruzar el muro y produce un resultado de muerte, obedeciendo la orden emitida por su general durante la anterior República Democrática Alemana.

Este es el supuesto menos problemático para la doctrina. Aunque no existe unanimidad sobre la responsabilidad criminal del ejecutor material, es posible agrupar las diferentes soluciones en estas dos: por un lado, aquellos autores que defienden su impunidad<sup>2</sup> y, por otro, los que entienden que éstos deben responder como autores. En esta última solución se pueden diferenciar dos propuestas. Un sector doctrinal<sup>3</sup> considera que el ejecutor material debe responder como autor, mientras que otro sector<sup>4</sup> entiende que los subordinados ejecutores deben responder como coautores, junto a los que intervienen en las escalas superiores.

#### b. La responsabilidad de los mandos intermedios

La responsabilidad de los mandos intermedios presenta mayores dificultades. Hay que tener presente que los mandos intermedios generalmente tienen poder de mando y, por tanto, pueden decidir sobre la comisión del hecho delictivo, es decir, su función suele ser de organización y coordinación del trabajo de los subordinados.

<sup>2</sup> En este sentido SCHÜNEMANN. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. ADPCP, 1988, p. 533.

<sup>3</sup> Partidarios de esta solución se manifiestan ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*. W de G, 7<sup>o</sup> ed, 2000, p. 682; MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho Penal económico. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 198.

<sup>4</sup> En este sentido MAURACH. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 2. Astrea, p. 370; JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzalez de Murillo. Marcial Pons, 1995, p. 750.

Supongamos, por ejemplo, que el mando intermedio, con poder de mando, transmite al subordinado la orden emitida por el jefe de la organización criminal de trasladar a un burdel de carretera a tres prostitutas inmigrantes y que recoja el dinero que ha acordado por la venta de las mujeres. El mando intermedio decide que subordinados deben realizar el hecho y los detalles de la operación. El mando intermedio transmite la orden emitida por un general de la anterior República Democrática Alemana a los soldados que se encuentran vigilando la zona fronteriza del muro de Berlín y les ordena que disparen siempre que alguien intente cruzarlo. El mando intermedio transmite la orden a los empleados de arrojar vertidos contaminantes en un río cercano a la empresa, indicándoles a los conductores de los camiones cisterna lo que deben hacer y donde deben desplazarse para realizar los vertidos al río de las sustancias contaminantes.

En estos casos se barajan todo tipo de soluciones: a) se entiende por parte de un sector doctrinal que la conducta debe calificarse de autoría, y dentro de ésta solución, se diferencia entre los que defienden que el mando intermedio es autor mediato<sup>5</sup> y los que consideran que son coautores<sup>6</sup>; por otro lado, también b) se considera que este comportamiento debe ser imputado a título de participación, por regla general de cooperación necesaria<sup>7</sup>, excepto el eslabón intermedio de la cadena de mando que es el inductor del hecho porque transmite la orden de ejecutarlo<sup>8</sup>.

#### c. La responsabilidad penal del jefe de la organización o del directivo

Este es el supuesto más complejo y el que presentan mayores discrepancias doctrinales. Ello obedece a que éstos son los “hombres de despacho”, que no realizan actos de ejecución,

<sup>5</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, p. 41.

<sup>6</sup> Vid. MAURACH. *Derecho Penal...*, p. 370; JESCHECKS. *Tratado...*, pp. 595 y 605; JAKOBS. *Derecho Penal...*, p. 750.

<sup>7</sup> Vid. PEREZ CEPEDA. *La responsabilidad de los administradores...*, p. 413.

<sup>8</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares, Granada, 1996, p. 276.

pues sus conductas consisten en planificar el hecho delictivo y emitir una orden a un subordinado.

En este sentido podríamos pensar en el Consejo de Administración de una empresa que para obtener mayores beneficios adopta el acuerdo de arrojar unos vertidos contaminantes en un río cercano, de esta manera se puede ahorrar gran cantidad de dinero y emite la orden a sus empleados o también podría ser el caso del jefe de la organización criminal que planea la venta y el traslado a un burdel de carretera de tres prostitutas inmigrantes y que emite la orden a un subordinado para que este “negocio” se realice. Finalmente, un general de la anterior República Democrática Alemana decide que en la zona fronteriza del muro de Berlín los soldados disparen siempre que alguien intente cruzarlo y emite la orden.

Para sancionar a los altos cargos de la empresa la doctrina ofrece casi todas las soluciones posibles de autoría y participación admitidas en nuestro Derecho. En este sentido se propone, por un lado, que el directivo debe responder a título de autor, ya sea, como autor mediato<sup>9</sup> o como coautor<sup>10</sup>. Por otro lado, se considera que el directivo sólo realiza actos accesorios de participación y en esta propuesta tampoco hay unanimidad a la hora de establecer si esa participación es a título de cómplice<sup>11</sup>, de cooperador necesario<sup>12</sup>, y, en

<sup>9</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, p. 36.

<sup>10</sup> MAURACH. *Derecho Penal*, p. 370; JAKOBS. *Derecho Penal*, p. 750; JESCHECK, *Tratado*, pp. 595 y 605; MUÑOZ CONDE. *Problemas de autoría y participación...*, p. 157; NÚÑEZ CASTAÑO. *Responsabilidad penal en la empresa...*, p. 187.

<sup>11</sup> Vid. FRISCH. *Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo*, en LUZÓN PEÑA, D.M. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Bosch, 1996, p. 108.

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata...*, p. 276; PÉREZ ALONSO. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*. Ed. Comares, Granada, 1998, p. 232 (n. 84).

último término, también se defiende que el directivo es inductor<sup>13</sup>.

La multitud de propuestas doctrinales pone de relieve la dificultad que existe para encontrar una adecuada solución. La dogmática penal pretende mediante el razonamiento y la argumentación de las distintas teorías lograr soluciones jurídico-penalmente consensuadas para obtener mejores resultados en la aplicación del Derecho. Esto es, soluciones previsibles y controlables, que aporten mayor seguridad jurídica e igualdad ante la Ley. Sin embargo, cuando la doctrina ofrece para un determinado problema todas las posibles soluciones que permite nuestro sistema penal se produce gran inseguridad jurídica, pues se hace imprevisible la solución que corresponde a ese supuesto de hecho. De ello, sólo se puede deducir que las categorías actuales de autoría y participación no son aptas para determinar la responsabilidad criminal en las estructuras jerárquicamente organizadas, o más bien, que no se han obtenido de ellas, especialmente de la teoría del dominio del hecho, todo el provecho y capacidad de rendimiento posible. Esto es, las estructuras jerárquicamente organizadas al tener sus propias características –el hecho delictivo es realizado por un grupo de personas organizadas jerárquicamente y con división de funciones– requieren una respuesta específica y diferenciada de los supuestos tradicionales. Respuesta que puede derivarse directamente de la teoría del dominio del hecho si este criterio se concibe como un concepto abierto. La capacidad de rendimiento del dominio del hecho como un concepto abierto permite, sin problema alguno, ofrecer un nuevo criterio para determinar la autoría allí donde surge una nueva forma de estructurar el comportamiento humano para responder en concepto de autor, más concretamente de coautor. Ante las características propias que configuran esta nueva forma de criminalidad organizada, puede desarrollarse una

<sup>13</sup> Vid. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*. (ed. 2000)..., p. 682; PEREZ CEPEDA. *La responsabilidad de los administradores...*, p. 406; KÖHLER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 510; GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y Cómplice...*, p. 188; CORDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO. *Comentarios al Código Penal*. Ariel, Barcelona, 1972, p. 809; HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata...*, p. 275.

nueva modalidad de coautoría (vertical y organizada) frente a la tradicional (horizontal y correlativa), que se determinaría por el criterio del dominio de la organización (jerárquica) frente al criterio del dominio funcional del hecho que define la coautoría tradicional (cumulativa).

## B. Modernas construcciones dogmáticas

La dificultad para fundamentar la responsabilidad criminal de los que intervienen en la comisión de un delito realizado en una estructura jerárquicamente organizada desde las categorías tradicionales de autoría y participación provoca la necesidad de tener que buscar una solución alternativa.

La doctrina es prácticamente unánime al calificar de autor al ejecutor material del hecho, sin embargo ofrece diversas propuestas para determinar la responsabilidad criminal de los directivos o altos cargos de la estructura jerárquicamente organizada –autor mediato, coautor, autor accesorio, autor intelectual, inductor y cooperador necesario–. A pesar de la diversidad de soluciones todas ellas pueden agruparse en dos; por un lado, aquellos que consideran que el dirigente realiza un acto de participación y, por otro, los que entienden que esa conducta debe ser calificada de autoría.

A nuestro juicio, las teorías que defienden que los dirigentes de la estructura jerárquicamente organizada realizan actos accesorios de participación no son adecuadas, pues, como señala SILVA SÁNCHEZ, “no deja de producir perplejidad la calificación de participe para quien domina de modo esencial el acontecer típico, en la medida en que posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar y los cauces y medios de la misma”<sup>14</sup>. En efecto, castigar al cerebro de todos los hechos cometidos por la organización con una pena que depende, o dicho de otro modo, que es accesoria a la del ejecutor, no me parece en todos los casos una solución adecuada, ya que el dirigente podría quedar impune. Así es, en aquellos casos en que

<sup>14</sup> Vid. SILVA SANCHEZ. *Responsabilidad penal de la empresas...*, p. 369.

el ejecutor no tenga responsabilidad criminal porque lleve a cabo una conducta jurídicamente irrelevante o, por ejemplo, una actividad que esté fuera de su “rol”, el participe, esto es, el dirigente también quedará exento de responsabilidad penal en virtud del principio de accesoriidad.

Por consiguiente, el dirigente debe responder como autor. Pero, cual de las propuestas de autoría que se proponen es la más adecuada para dar solución a estos problemas. Veamos con más detenimiento las diferentes propuestas doctrinales. Es decir, los altos cargos deben responder *¿cómo autores mediatos, autores accesorios, autores intelectuales o coautores?*.

a. Autor mediato. Es la tesis propuesta por ROXIN<sup>15</sup>, aunque limitada a los aparatos organizados de poder y a las organizaciones criminales mafiosas, excluyendo expresamente la traslación de esta teoría a los delitos realizados en el ámbito empresarial<sup>16</sup>. Junto a los supuestos clásicos de dominio de la voluntad, es decir, el instrumento coaccionado o el que actúa bajo un error, ROXIN<sup>17</sup> entiende que todavía no están agotadas todas las posibilidades de la autoría mediata. Para ROXIN<sup>18</sup> también existe dominio de la voluntad en las estructuras de poder organizadas. Esto es, considera que son autores mediatos los altos cargos que dan órdenes y no intervienen directamente en la ejecución del hecho pero que dominan su realización sirviéndose de un aparato organizado de poder estatal que funciona como una maquinaria perfecta. Por tanto, autor mediato no es solo el

<sup>15</sup> Vid. ROXIN. *Strafen im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA., 1963 (Goltdammer Archiv für Strafrecht) GA., pp. 193 a 207.

<sup>16</sup> Vid. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft* (ed. 2000)..., pp. 682 y 683.

<sup>17</sup> Vid. ROXIN. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada en Delincuencia organizada*. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Eds. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló, Universidad de Huelva, 1999, p. 192.

<sup>18</sup> Vid. Roxin. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la 7ª edición alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1999, p. 270.

jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía trasmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. De ahí que pueda ser autor incluso cuando el mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos. Los que ejecutan las órdenes deben responder como autores inmediatos.

Esta solución ha sido asumida por el Tribunal Supremo alemán en la sentencia de 26 de julio de 1994 (BGHSt 40, 218). Esta sentencia resuelve los problemas de la responsabilidad criminal de los altos cargos de la antigua República Democrática alemana. En ella se declara que los miembros del Consejo de Seguridad Nacional son autores mediatos de las muertes producidas por los soldados de la frontera en el muro de Berlín. Los miembros del Consejo de Seguridad Nacional fueron los que dieron la orden de disparar y los soldados, obedeciendo esa orden, los que dispararon a las personas que intentaban huir a través del muro de Berlín. El Tribunal califica la conducta de los altos cargos de autores mediatos de los delitos de homicidio y la realizada por los soldados fronterizos de autores inmediatos. La sentencia de 26 de julio de 1994 del Tribunal Supremo alemán asume la teoría del dominio del hecho como criterio de decisión para delimitar la autoría de la participación. En concreto, se acepta la teoría del dominio del hecho en el marco de los aparatos organizados de poder propuesta por ROXIN. El Tribunal Supremo alemán ha afirmado que “una autoría mediata así defendida es aplicable no sólo en el caso de abuso del poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente” y “también los problemas de responsabilidad en el ámbito de la empresa se dejan solucionar así”. Por consiguiente, estas condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando.

Por consiguiente, ROXIN propone un ámbito de aplicación para su teoría más reducido que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo alemán, pues para este autor sólo puede tener la consideración de autor mediato el alto cargo de un aparato organizado de poder o de una



organización criminal que está al margen de la ley. Sin embargo, a diferencia de lo defendido por ROXIN entendemos que la necesidad de que el aparato o la organización criminal se encuentre al margen de la Ley<sup>19</sup> no es ningún inconveniente para la apreciación de esta teoría, pues lo importante es el funcionamiento casi automático de la estructura jerárquicamente organizada, independientemente de que esté o no al margen de la Ley. La objeción de esta propuesta es que “la persona que ejecuta el delito de forma responsable sea considerada como un mero instrumento”<sup>20</sup>. Así es, si el ejecutor actúa con dolo “no es técnicamente un instrumento”<sup>21</sup>. Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria que rechaza la existencia de la autoría mediata por la utilización de un instrumento doloso<sup>22</sup> (autor detrás del autor).

<sup>19</sup>Un amplio sector doctrinal entiende que este requisito no es una característica del dominio de organización, pues esto, según AMBOS, sería “más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables. Más aún: si el aparato no está “fuera del ordenamiento jurídico” (como requiere el criterio de la desvinculación al Derecho), sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho”. Cfr. AMBOS. *Dominio de hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad de Externado de Colombia. Cuadernos de conferencias y artículos, n. 20. 1998, p. 54. En este mismo sentido se manifiestan MUÑOZ CONDE. *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho?”* en Revista Penal, Julio 2000, p. 106.

<sup>20</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN. *Derecho Penal*, p. 484.

<sup>21</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ. *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada* en Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 95.

<sup>22</sup> En este sentido vid. JAKOBS. *Derecho Penal*, p. 750; JESCHECK. *Tratado*, p. 611; OTTO, H. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehren*. 5º ed, Belin/New York, 1996; JÄGER. *Betrachtungen zum Eichmann-Prozess*. MSchrKrim, 1962, pp. 73 y ss.; KÖHLER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin/Heidelberg. 1997, p. 510; GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y*

b. Autor accesorio. Es la calificación que proponen BOCKELMANN y VOLK<sup>23</sup> para el alto cargo de la estructura jerárquicamente organizada. Estos autores entienden que en estos casos varios sujetos contribuyen complementariamente a la producción del resultado sin estar previamente de acuerdo. Sin embargo, esta solución no es adecuada porque al no existir acuerdo entre el que da la orden y el que la ejecuta, difícilmente se puede cumplir esa orden. De ahí, que el ejecutor sólo actúa cuando existe y tiene conocimiento de la orden, ambas causalidades deben estar enlazadas.

c. Autor intelectual o psicológico. Como propone JOSHI JUBERT<sup>24</sup>, entendiendo que el que emite la orden no es inductor, sino un sujeto con responsabilidad independiente al principio de accesoriedad. Esta solución tampoco es correcta porque la figura del autor que ejerce fuerza moral no encuentra ningún sustento sólido en el articulado del Código Penal.

La nueva criminalidad, que aprovecha las estructuras jerárquicamente organizadas para cometer delitos, exige un replanteamiento de las categorías clásicas de autoría y participación. Por ello, cuando un hecho delictivo se realiza en una estructura jerárquicamente organizada, con división de funciones, donde unos tienen el papel de diseñar el hecho, otros de transmitirlo y otros de ejecutarlo, cada uno cumpliendo su rol dentro de

*Cómplice en Derecho Penal...*, pp. 182 y 183; FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada...*, pp. 95 y 97; OCTAVIO DE TOLEDO. *La autoría conforme al Código Penal*. La Ley, n.º 5012.14 de marzo 2000, p. 14. Por otro lado, aceptando la posibilidad del autor detrás del autor como un caso más de autoría mediata se manifiestan FIGUEIREDO DIAS. *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El dominio de la organización* en Delincuencia organizada. Huelva, 1999, p. 104; BUSTOS RAMÍREZ. Y HORMAZÁBAL MALAREÉ. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II. Ed. Trotta, 1999, p.239.

<sup>23</sup> BOCKELMANN Y VOLK. *Strafrecht. Allgemeine*. Teil. 4º ed, München, 1987, p. 182.

<sup>24</sup> JOSHI JUBERT. *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. ADPCP, 1995, p. 674.

la estructura organizada, con conocimiento de que con su conducta se producirá la lesión del bien jurídico es difícil negar, en cada una de esas fases, el dominio del hecho. En la realización de delitos fraccionadamente el hombre de atrás o dirigente que planifica y emite la orden domina el hecho porque configura su ejecución, igual que el que la trasmite, siempre que tenga mando de decisión o funciones directivas, porque ambos determinan el desarrollo del hecho desde la acción de ejecución hasta su consumación. Finalmente, el que ejecuta el hecho, cumpliendo la orden emitida por el directivo y con conocimiento de su ilicitud, también tiene el dominio del hecho. Por consiguiente, en las estructuras jerárquicamente organizadas, si concurren las características señaladas, todos deberán responder como coautores<sup>25</sup>, no porque tengan el dominio funcional del hecho de la coautoría clásica (correlativa), sino porque tienen el dominio de la organización conforme a las características señaladas.

En definitiva, la solución propuesta implica asumir diferentes reglas de autoría y participación en función de la relación que mantienen los que intervienen en la comisión del delito. Unas reglas para aquellos que mantienen una posición en un plano de igualdad (horizontal-correlativa) y otras para los que tienen una relación jerárquica (vertical-organizativa). Además, el empleo de categorías distintas de autoría y participación para supuestos con circunstancias diferentes es una práctica frecuente en el sistema jurídico penal español. En este sentido, podemos recordar que se ofrecen reglas especiales y diferenciadas del sistema general como, por ejemplo, en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (30 CP) o, incluso, al margen de lo que pueda establecerse expresamente en la Ley, la doctrina también propone la apreciación de reglas de autoría y participación distintas y diferenciadas del sistema general en algunas clases de delitos, como son, por ejemplo, los delitos imprudentes o los delitos de omisión. Esta es sin duda, la gran ventaja teórico-práctica que ofrece la teoría del dominio del hecho si se concibe como un concepto abierto.

<sup>25</sup> Vid. JAKOBS. *Derecho Penal*, p. 750; MAURACH. *Derecho Penal*, p. 370; JESCHECK. *Tratado*, pp. 595 y 605; MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación...*, p. 157.

### III. La responsabilidad por la toma de decisiones en órganos colegiados

Un importante problema que se presenta en el ámbito de la estructura organizada y compleja empresarial es la responsabilidad criminal de los miembros de un Consejo de Administración por la adopción de acuerdos constitutivos de delito. En efecto, en numerosas ocasiones la dirección, gestión y representación en las grandes empresas es asumida por un grupo de personas, que se constituyen en órgano colegiado, conformando, de esta manera, el Consejo de Administración. El proceso de toma de decisiones en este órgano se lleva a cabo mediante el acuerdo de todos sus miembros. Con ese acuerdo se exterioriza la voluntad de los miembros del Consejo de Administración y, por tanto, la voluntad de la sociedad. Para alcanzar ese acuerdo cada miembro del Consejo de Administración ejercita su derecho al voto.

Parece que no hay ningún problema si el acuerdo delictivo ha sido aprobado por unanimidad, ya que el resultado lesivo será imputado a todos los miembros del Consejo de Administración. Sin embargo, cuando ese acuerdo ha sido aprobado por una mayoría, surge la siguiente cuestión; *¿qué responsabilidad tienen los miembros del Consejo de Administración que conforman la minoría y que con su voto no apoyaron la realización del hecho delictivo?* Se trata, por tanto, de determinar si aquellos miembros del Consejo de Administración que no apoyaron con su voto -v. gr. por votar en contra, por abstenerse o por ausentarse- el acuerdo delictivo también tienen responsabilidad criminal.

Se está haciendo referencia a supuestos como, por ejemplo, la empresa FREM, S.A., dedicada a la elaboración de productos químicos viene atravesando desde mediados del año 2007 una crisis económica que se acentúa a lo largo del año 2008. Ante ello, el Consejo de Administración de la empresa, en su reunión del día 28 de octubre de 2008, aprueba un plan de saneamiento y drástica reducción del gasto que comprende, entre otras medidas, la de dejar en suspenso la adquisición de diez contenedores-cisterna de los que normalmente se utilizan para almacenar, en espera de su destrucción, determinados residuos tóxicos producidos por la empresa. En lugar de

ello, se acuerda que cantidades importantes de dichos residuos (en cuya composición interviene, junto a otros isómeros, el lindano, producto cuya ingesta por aves y mamíferos produce la muerte y, en consumo humano puede producir excitación, posterior depresión y shock) sean vertidos en un terreno próximo propiedad de la empresa. Las características del terreno en el que se realiza el vertido –no analizadas previamente, y que es permeable primero y después impermeable– determinan que las filtraciones de los residuos tóxicos surjan a modo de manantiales en el río X, produciendo en el mismo una importante contaminación con la consiguiente y elevada mortandad de peces. Los vertidos fueron ordenados a mediados de noviembre de 2008 por Julian N.N., Director de la explotación, siguiendo las instrucciones recibidas de Mateo N.N., Consejero Delegado y Director General de la empresa FREM S.A., y fueron ejecutadas materialmente por los trabajadores de la empresa, Javier N.N., Jesús N.N., (conductores), Prudencio N.N., y Rodolfo N.N. (encargados de la manipulación de los residuos, pese a que también tenían conocimiento de que con su conducta se provocaría un grave deterioro en el medio ambiente. El Consejo de Administración de dicha empresa (del que surgió originariamente la orden de realizar los vertidos) está integrado por siete miembros que, en la reunión de 28 de octubre de 2008, votaron del siguiente modo: Bruno N.N., Presidente del Consejo de Administración, Simeón N.N., Rosario N.N. y Paulino N.N. votaron a favor del acuerdo; Antonio N.N. votó en contra del acuerdo formalizando su disensión por escrito en el libro de actas; Jose Luis N.N. se abstuvo. Manuel N.N. no asistió a la reunión por encontrarse enfermo. Ni Antonio N.N. ni Jose Luis N.N. impugnaron el acuerdo del Consejo de Administración del que formaban parte. Manuel N.N. tampoco impugnó ya que tuvo conocimiento del mismo una vez expirado el plazo para hacerlo.

La adopción de un acuerdo en el Consejo de Administración se obtiene mediante una deliberación de la propuesta presentada y su posterior votación. Las reglas y principios que rigen la adopción de acuerdos colegiados en el Consejo de Administración de una Sociedad Anónima condiciona en cierto modo el resultado final, ya que a priori hay que aceptar lo que decida la mayoría. Pese a que cada miembro del

Consejo de Administración es independiente y ostenta una posición de igualdad jurídica en la adopción de acuerdo. El pertenecer al Consejo de Administración supone aceptar las “reglas de juego” y, entre ellas, el principio de colegialidad, que implica que una vez adoptado un acuerdo con el apoyo de la mayoría también vincula a los que no lo han apoyado con un voto en contra o se abstuvieron<sup>26</sup>. De esta manera, el acuerdo adoptado manifiesta la voluntad de la sociedad y como tal obliga a todos los que han participado para formar esa voluntad.

Intervenir en un Consejo de Administración emitiendo un voto para adoptar un acuerdo es simplemente participar en la planificación de un hecho delictivo, y en la mayoría de los casos todavía no se ha dado comienzo al delito, por tanto, ni siquiera existe tentativa<sup>27</sup>. En este tipo de intervención no se exterioriza algo jurídico-penalmente relevante, ya que es preciso que el ejecutor lleve a la práctica el acuerdo adoptado. Es decir, cuando el Consejo de Administración adopta el acuerdo delictivo, por el mero hecho de adoptar el acuerdo no queda consumado el delito.

Las grandes empresas se caracterizan por su estructura compleja y jerarquizada, “en la que los centros de decisión aparecen, a menudo, alejados

<sup>26</sup> Vid. SALELLES CLIMENT. *El funcionamiento del Consejo de Administración. Estudios de Derecho Mercantil*. Civitas, 1995, p. 68.

<sup>27</sup> Cfr. JAKOBS. *Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*, en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D-M. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Boch, 1996, pp. 75 y 76. En este mismo sentido se manifiesta WEISSER. *Kausalität –und Täterschftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*. Dunker und Humblot, 1996, p. 165; PEREZ CEPEDA. *La responsabilidad de los administradores de Sociedades: criterios de atribución*. Cedecs. Barcelona, 1997, p. 350; SUAREZ GONZALEZ. *Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una Sociedad y Responsabilidad penal*. Justicia Penal, 1995, p. 68; CUADRADO RUIZ. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 del Código Penal*. Bosch, 1998, pp. 120 y 121.

de los agentes ejecutores”<sup>28</sup> y los miembros del órgano colegiado –del Consejo de Administración– se limitan a diseñar un delito y a dar una orden para que posteriormente sea ejecutado por los subordinados. De ahí la necesidad de determinar la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración por las decisiones colegiadas que no constituyen un acto de ejecución, precisando para la realización del delito la intervención de terceras personas que ostentan una posición de subordinación.

En definitiva, la responsabilidad por el voto de los miembros de un Consejo de Administración de una empresa está subordinada al comienzo de los actos ejecutivos que deben realizar los subordinados. La adopción de un acuerdo delictivo por un colectivo, si no está expresamente tipificado en el Código Penal como un delito de conspiración, es, en principio, una conducta atípica porque con el pensamiento no se delinque. Por tanto, manifestar la intención de cometer un delito mediante el voto en la mayoría de las ocasiones no será punible como acto preparatorio.

Ejemplo: El Consejo de Administración de una empresa de elaboración de galletas decide por mayoría omitir de las etiquetas de los envases los conservantes utilizados y sustituir este dato por otros “productos naturales”, queriendo realizar una publicidad engañosa. Sin embargo, por una deficiente coordinación no se emite la orden al departamento de publicidad y los envases de las galletas salen al mercado con la etiqueta inicial y, por tanto, con la relación de conservantes. En este caso no se realiza ningún delito (art. 282 CP) porque no se ha dado comienzo a los actos de ejecución por parte de los subordinados.

Por consiguiente, el hecho de emitir un voto favorable o negativo es tan sólo manifestar una voluntad. El proceso de formación de esa voluntad emitiendo un voto a favor, en contra, en blanco o absteniéndose, esto es, la participación en la votación es, en principio, irrelevante para el

<sup>28</sup> Cfr. TERRADILLOS BACOSO. *Derecho Penal de la empresa...*, p. 39.

Derecho Penal. “Un acuerdo de no comportarse conforme a Derecho es per se irrelevante; ya que lo que jurídicamente cuenta es la conducta misma, y no el acuerdo”<sup>29</sup>.

Para imputar objetivamente el resultado lesivo al miembro del órgano colegiado que votó en contra del acuerdo o que se abstuvo no hay que atender al acto de votar sino al comportamiento posterior al voto. Es preciso comprobar que el miembro que no participó de forma activa en el plan, posteriormente, en un estadio más avanzado, se puso de parte de la mayoría, y que con esa participación omisiva contribuyó en el resultado final. Esto es, para decidir sobre la responsabilidad criminal del miembro que no participó activamente en la decisión delictiva es necesario tener en cuenta la decisión colectiva porque lo característico de la decisión colegial es que una vez constituida la mayoría, ésta decide sobre el comportamiento posterior de la minoría y, por tanto, la decisión de la mayoría es también obligatoria para la minoría.

Por ello, el punto de partida para determinar la responsabilidad criminal de cada miembro que conforma el Consejo de Administración es el momento de su ejecución, porque será en ese momento cuando se pone en peligro el bien jurídico protegido por el Derecho Penal. De ahí que lo que le interesa al Derecho Penal no es participar en el proceso de formación de la voluntad sino la actitud posterior al acuerdo contrario a Derecho del miembro del Consejo de Administración. Dicho de otra manera, los actos que exteriorice el consejero que manifestó estar en contra del acuerdo.

De este modo se valoran los actos externos del miembro del Consejo de Administración, pues si manifiesta mediante el voto su oposición a la propuesta, pero su actitud y comportamiento posterior –en el momento de ejecución– es de adhesión y conformidad con lo decidido por la mayoría, ese voto en contra o esa abstención no puede tener ninguna trascendencia jurídica. Por consiguiente, lo importante para imputar un resultado lesivo no es sólo la participación en la formación de la voluntad sino y, principalmente, la exteriorización de esa voluntad con actos

<sup>29</sup> Cfr. JAKOBS. *Responsabilidad penal en los supuestos de adopción colectiva...*, p. 97.

concluyentes de oposición al acuerdo contrario a Derecho. Como señala JAKOBS “el disidente no responde por lo mayoritariamente acordado, más precisamente, por la ejecución de lo mayoritariamente acordado”<sup>30</sup>.

De ahí, que el miembro del Consejo de Administración que no apoyó con su voto el acuerdo contrario a Derecho no puede quedar exonerado de responsabilidad criminal por el mero hecho de emitir un voto en contra o por abstenerse. Para quedar exento de responsabilidad es necesario algo más. En concreto, que se oponga y que impida la ejecución del acuerdo. La manera legalmente prevista para evitar la ejecución del acuerdo es su impugnación (art. 143 Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas TRLSA).

En definitiva, el consejero que vota en contra o se abstiene y, además, impugna el acuerdo para impedir su ejecución estará exento de responsabilidad criminal. Por el contrario, el miembro del Consejo de Administración que con su voto no apoyó el acuerdo delictivo, pero que posteriormente tampoco procedió a la impugnación del mismo es responsable del resultado lesivo. En este caso, su responsabilidad es por omitir la producción del resultado, esto es, porque pese a manifestarse en contra del acuerdo no hizo nada para evitar su ejecución, ya que no impugnó el acuerdo contrario a Derecho.

En realidad la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración que con su voto no apoyaron el acuerdo contrario a Derecho es un problema de omisión. En concreto, su responsabilidad se deriva de omitir la ejecución del acuerdo adoptado por la mayoría, pues teniendo conocimiento de la inmediata ejecución de un delito no hizo nada para evitarlo. Para determinar su responsabilidad es necesario averiguar si el miembro del Consejo de Administración asume dentro de la empresa una posición de garante o, por el contrario, no ostenta tal posición.

En este tema la doctrina adopta posiciones enfrentadas, sin embargo es imprescindible despejar esta cuestión porque las consecuencias jurídicas que se derivan de los delitos propios de

omisión son muy diferentes a las consecuencias jurídicas de los delitos impropios de omisión.

Como mantiene la doctrina mayoritaria<sup>31</sup>, el miembro del Consejo de Administración adquiere un compromiso individual en el momento que acepta y ejerce el cargo. Ese cargo es lo que le hace tener ámbito de competencia, de esta manera ostenta el dominio de organización y, de ahí surge su responsabilidad. Es decir, el aceptar y ejercer realmente el cargo de consejero implica un compromiso personal, que le obliga a evitar resultados lesivos producidos por la actividad de su empresa. Ese ámbito de competencia, como se ha señalado, surge de su actividad empresarial y ésta se encuentra condicionada, subsidiariamente, a una normativa extra-penal. En concreto, a lo establecido en los estatutos de la sociedad y, en último término, al TRLSA.

<sup>31</sup> BOTTKE. *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*. En Responsabilidad Penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto. Dirigidos por Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón-Peña. Bosch, Barcelona, 1996, p. 133; FRISCH, W. *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección...*, pp. 114 y 115; SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Carl Heymanns Verlag. Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, pp. 87 y ss; del mismo autor *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...*, p. 539; y también del mismo autor en *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*. ZStW, 1996, pp. 287 y ss.; SCHMIDT, C. P. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Betriebsangehöriger für Arbeitsunfälle*. Bochum, Brockmeyer, p. 98; WELP. *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*. Duncker & Humblot. Berlin, 1968, p. 177; JAKOBS. *Derecho Penal*, p. 971; SILVA SÁNCHEZ. *Responsabilidad penal de las empresas...*, p. 371; BATISTA GONZÁLEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa* en Enrique Bacigalupo. Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 89; MARTINEZ BUJAN PEREZ, C. *Derecho Penal económico...*, p. 207; LASCURAIN SÁNCHEZ. Fundamento y límite del deber de garantía del empresario, en Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado. Estudios Jurídicos, Madrid, 1995, p. 216.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 90.

Por consiguiente, cada uno de los miembros del Consejo de Administración, por el cargo que ostentan, tiene un ámbito de competencia que le compromete personalmente a actuar a modo de barrera de contención para evitar determinados riesgos o resultados lesivos. De ahí no surge una posición de garante de evitar los actos peligrosos que realicen el resto de los miembros del Consejo de Administración, sino sólo de evitar que en su esfera de competencia, que en su dominio de organización no se produzcan riesgos ni lesiones en aquellos bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Por este motivo y en el caso de que el comportamiento ajeno afecte a su propio ámbito de organización también estará obligado a actuar a modo de barrera de contención para evitar el resultado.

De ahí que si la mayoría de los miembros del Consejo de Administración acuerdan llevar a cabo un hecho contrario a Derecho, el miembro que no apoyó con su voto ese acuerdo, tiene obligación de actuar para impedir su ejecución porque previamente adquirió el compromiso de actuar a modo de barrera de contención para evitar resultados lesivos en su ámbito de organización.

En este caso no se trata de responder por el comportamiento ilícito realizado por los otros miembros del Consejo de Administración –que votaron a favor del acuerdo- sino de responder por su propio comportamiento –no apoyar el acuerdo pero no impedir su ejecución-. En definitiva, el consejero que no apoyó con su voto el acuerdo delictivo es también responsable porque en su ámbito de organización no ha impedido la producción de un resultado lesivo.

Por tanto, el sentido del voto no afecta a la responsabilidad criminal porque lo decidido por la mayoría de los miembros se convierte en la voluntad de la sociedad. De la misma manera que también es irrelevante para determinar la responsabilidad criminal el orden en que se emite el voto en una votación no simultánea o si existe una mayoría más que suficiente para la aprobación del acuerdo delictivo.

Finalmente, también es preciso determinar si es posible imputar el resultado lesivo provocado con la adopción del acuerdo al miembro que no

concorre a la convocatoria de la sesión. Es decir, ¿que responsabilidad tiene el consejero ausente?

La falta de asistencia a la sesión donde se decide un acuerdo constitutivo de un delito, sea o no justificada, no será suficiente para exonerar al Consejero de responsabilidad criminal, pues es preciso, además, que desconozca la existencia del acuerdo. Aunque, en realidad se trata de un caso que apenas sucede en la práctica. Así es, alegar el desconocimiento de la sesión del Consejo de Administración es difícil porque ésta requiere una convocatoria formal e invocar posteriormente que no tuvo conocimiento del acuerdo delictivo adoptado en la sesión es también complicado, porque, pese a que la ausencia del consejero esté justificada, no hay que olvidar que todo lo acordado queda reflejado en el acta, entre otros motivos, para que el consejero que no pudo asistir a la reunión pueda informarse de los acuerdos adoptados en la misma. En definitiva, el consejero ausente también responderá de los resultados lesivos que se produzcan en su ámbito de organización, siempre que tenga conocimiento de la existencia de la adopción del acuerdo contrario a Derecho.

**INTERVENCIÓN EN ACTIVIDADES  
ECONÓMICAS ILÍCITAS Y CONDUCTAS  
¿NEUTRALES?\***

*Fernando Miró Llinares\*\**

**1. De Perú a España (pasando por Alemania):  
la problemática penal del asesoramiento de la  
actividad económica**

**1.1. El caso "Duany" en Perú, y el caso  
"Testaferro" en España**

En un reciente Auto de la Sala Penal Nacional de 8 de abril de 2009<sup>1</sup>, se enjuició el comportamiento de un abogado que asesoró a los imputados en un proceso penal por lavado de activos en relación con el tráfico ilícito de drogas, así como el de otro sujeto que supuestamente participaba en el blanqueo de capitales. El Segundo Juzgado Penal Supraprovincial había declarado la no apertura del proceso contra Juan Manuel Duany Pazos porque, y la declaración empieza a ser más que significativa: "el Ministerio Público no cumplió de manera satisfactoria con acreditar que al tiempo de realizada la operación de transferencia de acciones en octubre de mil novecientos noventa y seis, el denunciado Duany Pazos **conocía efectivamente** que la actividad económica y el dinero de Luis Valdez Villacorta provenía del tráfico ilícito de drogas y en concreto, que la operación de compraventa de acciones era cubierta con dinero del narcotráfico". La fiscalía recurre en apelación basándose en que el imputado Juan Duany Pazos, como abogado y "en completa confabulación" con Luis Valdez Villacorta, participó en la acción de desplazamiento de "activos con fines de lavado", concretamente concertando y planificando con Luis Valdez Villacorta la forma de desplazar activos de una empresa a otra; y argumentando, respecto al otro imputado, Jhonny Jairo Bicerra

\* Quiero aprovechar esta oportunidad para agradecer a Carlos Caro Coria, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y a Luis Reyna Alfaro, Director Académico, el permitirme participar en el número inaugural de esta revista a la que deseo todo el éxito.

\*\* Profesor de Derecho Penal en la Universidad Miguel Hernández de Elche de Alicante, España.

<sup>1</sup> Exp. N° 945-08-C, Auto del caso Juan Duany Pazos y otro, señorías Talavera Elguera, Loli Bonilla, Vidal La Rosa Sánchez.

Ríos, que conformó con su padre una empresa que intervino en el presunto lavado, y que "al no haber aportado suma alguna para su constitución se presume que conocía de las actividades relacionadas al lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas". Frente a tales pareceres, la Sala Penal Nacional resuelve confirmando la resolución apelada y declarando "no ha lugar" a la apertura de instrucción contra los imputados por delito de lavado de activos, sobre la base de la ausencia de "prueba suficiente de la intervención de ambos sujetos en el delito".

La interesante argumentación de la resolución de este alto tribunal de Perú, comienza negando la existencia de un desplazamiento de activos y planteando entonces la pregunta de si la imputación de lavado de activos contra Duany Pazos se sustenta por la fiscalía únicamente por el hecho de haber actuado como abogado representante de Luis Valdez Villacorta. Esto, señala el tribunal, sería inaceptable, dado que "el desempeño de un rol dentro del riesgo permitido no genera responsabilidad penal"<sup>2</sup>, no existiendo ninguna norma que le impusiera un control o el cumplimiento de alguna observancia con relación a transacciones sospechosas de clientes que constituían sociedades o transferían o compraban acciones. Viene a reconocer implícitamente el tribunal que Duany participó en la entrega de dinero a los accionistas a través de cheques de gerencia, pero considera que no hay indicios suficientes que señalen que Duany actuó con conocimiento de que dichas cantidades entregadas a quienes transfirieron sus acciones, provenían del tráfico ilícito de drogas. Además el tribunal "imputa" la ausencia de dicho conocimiento basándose en que para Duany Valdez Villacorta era un cliente del banco de crédito, la propia recomendación del imputado de que la transferencia de acciones se sometiese a la vigilancia de la Superintendencia de Administración Tributaria<sup>3</sup>, así como que la transferencia de acciones se había canalizado a través del circuito financiero formal, elimina, según la propia Corte Suprema de Perú, la presunción respecto al origen ilícito de los

<sup>2</sup> Fundamento quinto.

<sup>3</sup> "lo que revela un comportamiento alejado de cualquier intención dolosa o que pretenda ocultar una transacción sospechosa", fundamento séptimo.

fondos<sup>4</sup>. En cuanto al otro imputado, Jhonny Jairo Bicerra Ríos, se señala que "la mera afirmación de que se presume que una persona conozca de las actividades ilícitas relacionadas al lavado de activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, no es una conducta típica. "Los comportamientos típicos se encuentran previstos en los artículos 1, 2º y 4º de la Ley nº 27765, consistentes en convertir o transferir activos, realizar actos de ocultamiento y tenencia, u omitir de comunicar operaciones o transacciones sospechosas, ninguno de los cuales ha sido atribuido a Bicerra Ríos". Añade la resolución que "el sólo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito"; añadiendo que la aseveración de que alguien debía conocer el origen ilícito de un bien es la expresión de un proceder culposo, el cual no es típico en la legislación de lavado de activos de Perú<sup>5</sup>.

Pasando de uno a otro continente, en España son innumerables los casos de sujetos que han sido imputados sobre la base del posible conocimiento de su intervención en una actividad ilícita derivado del asesoramiento realizado por su actividad de gerentes bancarios<sup>6</sup>, asesores fiscales, abogados mediadores<sup>7</sup>, compradores<sup>8</sup> o

<sup>4</sup> Ejecutoria Suprema R. N. Nº 2202-2003 de 26 de mayo de 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

<sup>5</sup> Fundamento noveno.

<sup>6</sup> STS núm. 928/2006, de 5 de octubre.

<sup>7</sup> STS núm. 928/2006, de 5 de octubre.

<sup>8</sup> La SAP de Madrid núm. 95/2002, de 19 de abril, en la que se expresa que "la acción neutral y socialmente adecuada del recurrente no puede convertirse en un ilícito penal contra el bien jurídico (la Hacienda Pública) por el mero hecho de que el acusado conociera la posibilidad, más o menos elevada, de que el vendedor acabara incurriendo en una conducta fraudulenta. Tal posibilidad, o incluso probabilidad, no le impedía al acusado firmar la escritura pública con la persona que aparentaba ser un testaferro, ya que ello supondría imponerle un deber específico de obstaculizar la posible acción delictiva del autor dejando de suscribir la escritura. Tal limitación de la libertad del comprador en el ámbito del tráfico jurídico entendemos que no resulta acorde con el carácter fragmentario y

simples testaferros en relación con actividades económicas delictivas. Especialmente interesante, por su semejanza con la resolución resulta la STS núm. 34/2007, de 1 de febrero (ponente Enrique BACIGALUPO) en la que el TS admite parcialmente un recurso contra la resolución que condenaba como autor de un delito de blanqueo de capitales, llevado a cabo dolosamente, a quien actuó como testaferro en la compraventa de una finca con dinero procedente del tráfico de drogas. Aunque en este caso el interviniente no es un abogado que asesora, sino un sujeto que interviene como "falso comprador" poniendo su nombre en un negocio que sirve para blanquear activos, interesa la comparación de las dos resoluciones por los similares argumentos que una y otra utilizan. En el caso del Tribunal Supremo español, se parte de algo que no llega en ningún momento a acreditarse en los hechos enjuiciados en Perú: "que el recurrente supo que actuaba en un negocio de compraventa simulada". Siendo esta participación reconocida, y dado que la participación en un negocio jurídico simulado, en principio, no es por sí un hecho típico ni penalmente relevante, sino que "se le puede considerar un acto neutral desde el punto de vista penal", señala el Alto Tribunal español que lo que en consecuencia tenía que demostrarse para poder sancionarle como autor de un blanqueo de capitales doloso es "el conocimiento del acusado del origen del dinero". Al respecto, sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que el recurrente no pudo tener un conocimiento del peligro concreto de realización del tipo (es decir, dolo) derivado de su información sobre los antecedentes penales de sus parientes para los cuales actuó como testaferro, pues éstos, como surge de los antecedentes de la sentencia recurrida, carecían en el momento del hecho de antecedentes penales, es decir, que su condición de traficantes de drogas, que habían obtenido el dinero en tales delitos, no era necesariamente conocida por el recurrente, lo que excluye la posibilidad de sostener que tuvo conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo. Esto supone, por tanto, la exclusión de su intervención

subsidiario del Derecho penal. Y es que, a fin de cuentas, el acusado actuó dentro de los márgenes del rol social del comprador, realizando una conducta que tenía un sentido social propio y legítimo, sin que pudiera en modo alguno contemplarse desde una perspectiva unívoca o inequívocamente delictiva".

dolosa en el blanqueo, pero no la impunidad, puesto que el sujeto no tomó "ninguna medida de precaución para que su participación no favoreciera la comisión del delito o no aumentara el riesgo de la misma", por lo que acaba condenando finalmente por una autoría imprudente al considerar que al actuar como testaferro, sin tener una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir, fundada en causas manifiestamente lícitas, "el acto neutral deja de serlo, pues tiene una relación de sentido delictivo", y al entender que toda participación infringiendo el cuidado debido es constitutiva de autoría.

## 1.2. Del supuesto al dogma. Actividad económica, conocimiento y conductas neutrales

Evidentemente son muchas las diferencias que existen entre los casos que dan lugar a las dos resoluciones comentadas, pero ambos plantean una misma cuestión general: la de si existen conductas objetivamente neutrales en la actividad económica, comportamientos que, independientemente del conocimiento con el que se realicen por parte del sujeto, no van a dar lugar en ningún caso a responsabilidad penal por hallarse dentro de los márgenes de los riesgos permitidos o, en otra terminología de idéntico significado valorativo, dentro del marco de libertad organizativa definida por el rol adecuado. La teoría dogmática del delito imperante en la actualidad en todos los sistemas jurídico-penales de influencia germana como es el peruano y el español, parece querer afirmar claramente que sí. Al fin y al cabo un presupuesto esencial de la teoría de la imputación objetiva, tanto de la sostenida por ROXIN como de la sostenida por FRISCH y JAKOBS, es el que previamente a la valoración del dolo (conocimiento y voluntad) del sujeto, debe realizarse un juicio de "imputación" sobre si la conducta es o no objetivamente peligrosa, por lo que si un sujeto no supera la esfera del riesgo que a él le es permitido, no realizará ningún injusto independientemente de lo que conozca. Este dogma, sin embargo, ¿lo es sólo en la teoría o también se ve reflejado en la práctica judicial? El tribunal del caso Duany pese a admitir que el abogado había participado en la entrega de acciones que la fiscalía califica como procedentes del lavado, lo absuelve al no existir

"indicios suficientes que señalen que Duany actuó con conocimiento de que dichas cantidades entregadas a quienes transfirieron sus acciones provenía del tráfico ilícito de drogas"; por su parte, para la absolución del otro imputado se argumenta que "el solo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona", y en cambio el Tribunal Supremo español condena al testaferro por el delito imprudente de blanqueo de capitales que sí existe en el Ordenamiento Jurídico español pero no por el doloso dado que no considera probado "el conocimiento del acusado del origen del dinero". ¿Tiene o no tiene, entonces, el conocimiento que el sujeto tenga del significado de su intervención en relación con el injusto de otro alguna relevancia a la hora de la valoración de su intervención en el mismo? ¿Puede, como debe sostener la teoría de la imputación "objetiva", valorarse como contrario al rol o al riesgo permitido la conducta de un asesor jurídico, económico o de cualquier otro tipo, sin tener en cuenta lo que ese sujeto sabía al intervenir?

Tradicionalmente estas cuestiones se han tratado de resolver en relación con la participación en el delito. Aparentemente este no es el caso aquí, pues para todos los supuestos que estamos analizando la forma de intervención que se atribuye es la autoría. Pero digo aparentemente porque no hay que olvidar que el blanqueo de capitales (o lavado de activos) no es más que la tipificación expresa de la intervención postejecutiva en un delito, y que el injusto exige, por tanto, algo muy similar a lo que se exige para la cooperación necesaria o complicidad en el delito: realizar actos que ayuden a otro sujeto en relación con un injusto penal. Lo importante es que tanto en relación con la participación delictiva como en estos tipos, la duda es la misma: si es posible valorar la ilicitud del hecho teniendo en cuenta sólo el conocimiento, no teniendo en cuenta el conocimiento o teniendo en cuenta el conocimiento y algo más y, en este caso, en qué orden.

Para tratar de responder a ello acudiré al tópico penal de las "Neutrale Handlungen", también denominadas acciones cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas

socialmente adecuadas, etc.<sup>9</sup>, y que constituyen un constructo doctrinal, una categoría creada ex profeso como ámbito o sector de actividad “en que se ilustraba con nitidez que no basta para integrar el tipo de complicidad con una mera elevación causal y dolosa del riesgo”<sup>10</sup>. El mismo, sin embargo, y como recuerda KINDHÄUSER, no sólo tiene valor como puzzle dogmático para una correcta situación de lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal, sino que se trata esta de una cuestión que tiene también gran importancia práctica en cuanto que concierne a las fronteras de la actividad permitida de categorías profesionales enteras, como puede ser la abogacía o la asesoría económica y financiera<sup>11</sup>. De hecho, y como recuerda SCHÜNEMANN, la revitalización de esta discusión dogmática tuvo mucho que ver con el descubrimiento público del comportamiento de algunos bancos alemanes de transferencia a paraísos fiscales con la consiguiente posible complicidad en delitos tributarios. Es cierto, sin embargo, que la resolución de si existen o no conductas objetivamente neutrales, tiene repercusión en todos los delitos del Derecho penal económico y, en general, en toda la Dogmática penal al representar esta cuestión, en última instancia, la manifestación de un defecto sistemático del modelo teórico explicativo del delito imperante en la actualidad.

Al fin y al cabo, el objetivo de este artículo es el de buscar soluciones dogmáticas a lo que, en última instancia, es una tipología de comportamientos más que habitual en el marco de la actividad económica ilegal: la de quienes como abogados, asesores económicos o desde otras posiciones similares, dan información, asesoran o facilitan las actividades delictivas llevadas a cabo por otros sujetos. De lo que se trata es de analizar

<sup>9</sup> ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 31 y 32.

<sup>10</sup> LANDA GOROSTIZA, J. M. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”. Comares, Granada, 2002, pp. 180 y 181.

<sup>11</sup> KINDHÄUSER, U. *Zum Begriff der Beihilfe*, en DANNECKER, G. / LANGER, W. / RANFT, O. / SCHMITZ, R. / BRAMMSEN, J. (HRSG.): *Festschrift für Harro Otto zum 70. Carl Heymanns, Köln, 2007*, p. 356.

qué es lo que puede convertir una conducta de asesoramiento jurídico, financiero o cualquier otra forma de cooperación con el delito de otro, en un injusto penal (de lavado de activos cuando se conviertan o transfieran activos, se realicen actos de ocultamiento y tenencia o se omita la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, o de complicidad en un delito cuando se facilite la realización del mismo por parte del autor).

## 2. Conductas neutrales e imputación objetiva

### 2.1. Aparición de las "Neutrale Handlungen" y primeros desarrollos: la búsqueda de la solución en la imputación objetiva

A principios de los años noventa, cuando la teoría del dominio del hecho ya parecía haberse impuesto en el pensamiento mayoritario de la doctrina y la cuestión de la distinción entre autor y partícipe comenzaba a verse algo más clara en Alemania, la teoría de la imputación objetiva, ya triunfante y reinante de muy diversas formas en el campo de la autoría, trató de continuar con su expansión apuntando hacia un campo del que apenas se había ocupado: la intervención delictiva a modo de participación<sup>12</sup>. La concepción tradicional de la prohibición de regreso de FRANK apenas servía para limitar la intervención en el delito, y esto se manifestaba especialmente en una serie de supuestos hipotéticos, que aparecían con cierta frecuencia en la realidad, en los que el sujeto podía realizar una acción que, en circunstancias normales sería inocua pero que, utilizada por el autor doloso

<sup>12</sup> SCHÜNEMANN, B.: *Über die objektive Zurechnung*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, pp. 207 y ss., a partir de la referencia realizada por BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Comares, Granada, 2001, p. 29, nota 1). Y en sentido similar parecen situarse otros autores como AMELUNG, K. *Die «Neutralisierung» geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*, en SAMSON, E./DENCKER, F./FRISCH, P./FRISTER, H./REIB, W. (HRSG.): *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*. Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 9, o NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 107, 1995, p. 508.

podía acabar siendo delictiva si el cooperador sabía lo que iba a realizar el autor. El taxista que lleva al pasajero a sabiendas de que éste matará a otro una vez haya llegado a su destino, o el mecánico de automóviles que repara el coche del conductor imprudente sabiendo que va a volver a actuar con negligencia o el sujeto que vende alimentos a otro sabiendo que los va a envenenar para matar a otro<sup>13</sup>; pero también nuevos comportamientos en relación con los delitos económicos como el del banco que transfiere un dinero al extranjero por orden del cliente sabiendo que es para defraudar impuestos<sup>14</sup>, todos los cuales podrían considerarse como conductas que, no estando caracterizadas en principio por tener sentido delictivo alguno, son “utilizadas” por un autor para la realización delictiva<sup>15</sup>.

El estudio de esas conductas, previamente puestas en la palestra doctrinal por VON BAR en el ámbito del encubrimiento<sup>16</sup>, y que vinieron a denominarse como “Neutrale Handlungen”<sup>17</sup>, empieza a proliferar a partir de entonces, primero en la doctrina alemana<sup>18</sup> y posteriormente en la

<sup>13</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducido por Manuel CANCIO MELIÁ). Civitas, Madrid, 1996, p. 85.

<sup>14</sup> El denominado caso del “Dresdner Bank”, más famoso caso de la jurisprudencia alemana y que ayudó, como se ha señalado anteriormente, a fomentar la literatura sobre la materia.

<sup>15</sup> MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una Teoría de la intervención como partícipe en el delito*. Atelier, Barcelona, 2009, p. 64.

<sup>16</sup> Así se preguntaba VON BAR si “estoy obligado, bajo amenaza penal (relacionada con el delito de encubrimiento), a dejar como está mi jardín después de haber sido pisoteado en una sangrienta pelea, o a dejar la puerta rota por los ladrones, hasta que la autoridad acuerde realizar una visita” (VON BAR, C.L. *Gesetz und Schuld im Strafrecht. T. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*. J. Guttentag, Berlin, 1907, p. 751).

<sup>17</sup> Sobre las diferentes denominaciones utilizadas por la doctrina, acciones cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas socialmente adecuadas, etc., véase ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 31 – 32.

<sup>18</sup> Así, MEYER-ARNDT, L. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1989, pp. 281 y ss.; SCHÜNEMANN, B. *Über die objektive...*, ob. cit., pp. 207 y ss.; OTTO, H. *Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung*, en *Zeitschrift für das*

*gesamte Kreditwesen*, 1994, pp. 775 y ss.; HASSEMER, W. *Professionelle Adäquanz*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1995, pp. 41 y ss.; LÖWE-KRAHL, O. *Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1995, pp. 123 y ss.; WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*. C.H. Beck, München, 1996; TAG, B. *Beihilfe durch neutrales Verhalten*, en *Juristische Rundschau*, 1997, pp. 49 y ss.; JÄGER, C.: *Der Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, pp. 161 y ss.; WOHLERS, W. *Gehilfenschaft durch «neutrale» Handlungen—Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1999, pp. 425 y ss., y WOHLERS, W. *Hilfeleistung und erlaubtes Risiko - zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, pp. 169 y ss.; NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit.; WEIGEND, T.: *Grenzen strafbarer Beihilfe*, en ESER, A. (HRSG.) *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 206; LÜDERSSSEN, K. *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*, en SAMSON, E./DENCKER, F./FRISCH, P./FRISTER, H./REIB, W. (HRSG.): *Festschrift für Gerald Grünwald...*, ob. cit., pp. 340 y ss.; RANSIEK, A.: *Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen*, en AMELUNG, K. (HRSG.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 95 y ss.; AMBOS, K. *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, en *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 32, 2000, pp. 722 y ss.; FRISCH, W. *Beihilfe durch neutrale Handlungen. Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*, en PRITWITZ, C. ET AL. (HRSG.) *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 539 y ss.; AMELUNG, K. *Die «Neutralisierung»...*, ob. cit., p. 9 y RACKOW, P. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008. En todo caso el gran pionero en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la cuestión de las conductas neutrales fue JAKOBS, con su trabajo JAKOBS, G. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 89, 1977, pp. 1 y ss.

española<sup>19</sup>, como auténtico campo de pruebas de las teorías sobre el límite mínimo de la participación. Al fin y al cabo une a estas teorías el que el sujeto que realiza el acto de favorecimiento “sabe” que su aporte va a servir para un comportamiento criminal<sup>20</sup>, pero también el tratarse de conductas “a priori” irrelevantes para el Derecho penal, “neutras”, siendo precisamente el hecho de que ese sujeto que realiza aquello que no parece nada, tenga conocimiento, “más o menos seguro, más o menos fundado en datos -objetivables- del actuar delictivo del destinatario de la prestación en cuestión”<sup>21</sup>, lo que le da apariencia delictiva al comportamiento. El sujeto que vende el cuchillo, el que vende pan, el que traspasa unas acciones de un sujeto a otro o el que compra un piso, no hace nada que merezca un reproche penal, pero ¿y el que vende el cuchillo al que lo va a utilizar para matar a otro, o el pan que va a usar para envenenar a su mujer, o el que transfiere el dinero procedente del tráfico de drogas? ¿cambia la relevancia penal del comportamiento por el simple conocimiento que se tenga del significado del aporte?

Es, pues, esto lo que esencialmente se discute, lo que coloca estos casos en la mira del objetivo de la Dogmática penal: el que la conducta parece tener un significado si se ve en un sentido puramente objetivo (si es que esto es posible), concretamente un significado de irrelevancia penal, y otro diferente, esto es, de relevancia, si se analiza tomando en consideración lo subjetivo.

Lo cierto es que la Dogmática penal anclada en los pilares básicos de la teoría del injusto personal, tal y como nació con el finalismo, entendía la parte subjetiva como el lugar más adecuado donde restringir el ámbito de la tipicidad, en general, y para la participación en

<sup>19</sup> Véase, BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit.; LANDA GOROSTIZA, J.M. *La complicidad delictiva...*, ob. cit.; ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit.; RUEDA MARTÍN, M.Á.: *Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso*, en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pp. 122 y ss.

<sup>20</sup> ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., p. 44.

<sup>21</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M. *La complicidad delictiva...*, ob. cit., p. 9.

particular. La limitación de la punibilidad se afrontaba por FRANK mediante la enunciación de la prohibición de regreso, conforme a la cual ninguna condición que no fuera “conocida y libre (dolosa y culpable)”<sup>22</sup>, podía ser sancionada, y tanto la doctrina antigua como la jurisprudencia, anteriores a la toma en consideración de la teoría de la imputación objetiva, pasaban de largo del tipo objetivo y situaban el problema de las conductas neutras en el tipo subjetivo<sup>23</sup>: bien entendiéndose en algunos casos que eran supuestos de ausencia de dolo y, por tanto, atípicos, o bien, como hacía el “descubridor” de las conductas neutras, entendiéndose que en estos casos era necesario el dolo eventual para que estuviéramos ante una inducción o complicidad punibles<sup>24</sup>. Sólo en el caso de que el colaborador comparta el objetivo criminal, se le podrá entonces hacer responsable del mismo<sup>25</sup>. No se trata, por tanto, de un mero conocimiento, sino de un conocimiento y una voluntad directos las que constituyen el injusto de participación conforme a esta concepción.

Cuando la doctrina replantea la cuestión de las conductas neutras es, pues, para revertir esa tendencia y para integrar en esta discusión en general, y en la teoría sobre la participación en particular, los avances dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva. Es cierto que también surgen algunos pronunciamientos sobre la capacidad de una ampliación a la participación de la teoría de la adecuación social de WELZEL<sup>26</sup> para resolver los supuestos de conductas neutras<sup>27</sup>, pero es sobre todo por medio de la

<sup>22</sup> FRANK, R. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, J.C. B. Mohr, Tübingen, 1931 (18ª edición)*, p. 14.

<sup>23</sup> VON BAR, C.L. *Gesetz und...*, ob. cit., p. 751.

<sup>24</sup> Así para VON BAR, la clave para diferenciar la participación punible de la no punible en tales supuestos de hechos estribaba en el deseo del sujeto respecto al éxito criminal (VON BAR, C.L. *Gesetz und...*, ob. cit., p. 751).

<sup>25</sup> VON BAR, C.L. *Gesetz und...*, ob. cit., p. 751.

<sup>26</sup> Conforme a la cual, los comportamientos que se muevan en los márgenes del orden ético-social concreto deben quedar fuera del ámbito de tipicidad penal (WELZEL, H. *Studien zum System des Strafrechts*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 58, 1939, p. 493).

<sup>27</sup> Especialmente confiada en la capacidad de ese criterio para la solución en sede (en principio)

teoría de la imputación objetiva como se llega a la conclusión de que la limitación del injusto del partícipe no puede realizarse en el tipo subjetivo, sino que tiene que ser antes, en sede de tipicidad objetiva<sup>28</sup>.

Así lo entiende JAKOBS, quien utiliza la imputación objetiva para cambiar el sentido de la prohibición de regreso y, desde una base normativa, superar el naturalismo infinito e indelimitable de la causalidad y tratar de establecer una línea límite hasta donde puede llegar la responsabilidad de los que colaboran con el autor del delito. A la hora de definir esa prohibición de regreso, pues, el dolo del sujeto no puede tener ningún valor<sup>29</sup>, sino que será el

objetiva es RUEDA MARTÍN, M.Á.: *Consideraciones...*, ob. cit., pp. 122 y ss.

<sup>28</sup> Así lo entiende hoy prácticamente la doctrina mayoritaria. Así en Alemania, JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido de la 2ª edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). Marcial Pons, Madrid, 1997; JAKOBS, G. *Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, p. 253; FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado* (traducido por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 232; FREUND, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. Springer, Berlin, 2008 (2ª edición), pp. 257 y ss.; PUPPE, I. *Kommentierung der § 13 StGB*, en NEUMANN, U. /PUPPE, I./SCHILD, W. (HRSG.) *Nomos Kommentar, Nomos. Baden-Baden*, 1995, vor § 13, núm. 155; NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 509 y ss.; WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., pp. 121 y ss.; RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht -Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele-*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1997, p. 43; LÜDERSSEN, K. *Beihilfe, Strafvereitelung...*, ob. cit., pp. 340 y ss.; y ROXIN, C. *Was ist Beihilfe?*, en KUHNE, H.H. (HRSG.) *Festschrift für Walter Stree un Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 501, aunque con particularidades que después analizaremos. En España también es mayoritario tal parecer, sostenido, entre otros, por ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 74 y ss.

<sup>29</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 85 y 91: “las intenciones y los conocimientos de aquél que realiza la aportación son irrelevantes, del mismo modo que la omisión de alguien que no es

quebrantamiento del rol, bien sea aquél especial definido por las instituciones que configuran la sociedad, o bien sea el rol común de comportarse como una persona dentro del Derecho, el que marque el ámbito hasta el que puede retroceder la responsabilidad<sup>30</sup>. Y en el caso del rol común la única forma de quebrantamiento es la organización, bien sea realizando una organización defectuosa actual (acción) o no eliminando el peligro ya insito en el ámbito de organización (omisión); y también es posible la organización conjunta con otros. Aunque la teoría de la prohibición de regreso de JAKOBS ha sido criticada por la mayor parte de la doctrina, no sólo su concepto de intervención sino, también el criterio del “sentido de realización típica” por su presunta vaguedad y su consiguiente incapacidad para solucionar los supuestos de hecho<sup>31</sup>, nadie en la doctrina le niega lo que ella supuso como ruptura total, quizás demasiado fuerte para la doctrina mayoritaria, como después se verá, con la idea de que es en lo objetivo donde tiene que solucionarse el problema de las acciones neutras. A partir de JAKOBS, pues, y de esa primera referencia al “sentido delictivo”, comienzan a proliferar los criterios objetivo-normativos que permiten situar básicamente en el tipo objetivo la razón por la que quien colabora con el autor va a responder como partícipe.

Así, y sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse el criterio de SCHUMANN de la solidarización del injusto ajeno, como criterio por el que se puede imputar objetivamente el delito del autor a quien hace suyo el hecho del autor<sup>32</sup>; también el de HASSEMER<sup>33</sup>, de la adecuación profesional, partiendo de la adecuación social y señalando que aquellos comportamientos realizados dentro del marco regulatorio del ámbito profesional de que se trate serán impunes aun cuando supongan el favorecimiento del delito

garante no se convierte en omisión de garante por el hecho de que se conozca una posibilidad segura de salvamento o por tener malas intenciones”.

<sup>30</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 45 y ss.

<sup>31</sup> Así, especialmente NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 509 – 510.

<sup>32</sup> SCHUMANN, H. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1986, pp. 55 y ss.

<sup>33</sup> HASSEMER, W. *Professionelle...*, ob. cit., p. 81.

de otro<sup>34</sup>; la infracción del principio de confianza, tradicionalmente utilizado en otros ámbitos, pero del que se sirve STRATENWERTH<sup>35</sup> para la solución de las conductas neutrales bajo el argumento de que aquella persona que no sepa que exista un motivo para que otra infrinja su deber y delinca, puede confiar en que así será y, por tanto, actuar conforme a su deber sin responder por las infracciones que hiciera el otro<sup>36</sup>; la infracción del deber, en la versión de RANSIEK<sup>37</sup>, que analiza la relación del cómplice con la víctima o con la comunidad a la que lesiona al apoyar conscientemente al autor; el resultado de favorecimiento efectivo del delito del autor de WEIGEND<sup>38</sup> que enlaza con la idea del incremento del riesgo<sup>39</sup>; el propio criterio normativizado de la prestación de ayuda tal y como lo utiliza KINDHÄUSER<sup>40</sup>, o el de la referencia de sentido inequívocamente delictiva (o referencia de sentido delictivo), utilizado por muchos autores pero especialmente bien desarrollado por FRISCH<sup>41</sup>. Todos ellos vienen a ser, en última instancia, especificaciones de la idea de que es posible encontrar un criterio objetivo, independiente del conocimiento del sujeto, que haga que el hecho sea injusto. Lo cierto, sin embargo, es que la concreción de estos y otros criterios por parte de la doctrina no parece seguir tal postulado como se verá a continuación.

<sup>34</sup> Para otras referencias de autores que siguen el criterio de la adecuación profesional véase ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., p. 97, nota 77.

<sup>35</sup> STRATENWERTH, G./KUHLEN, L. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. Carl Heymanns, Köln, 2004 (5ª edición), p. 298.

<sup>36</sup> STRATENWERTH, G./KUHLEN, L. *Strafrecht...*, ob. cit., p. 298.

<sup>37</sup> RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., p. 42.

<sup>38</sup> WEIGEND, T. *Grenzen strafbarer...*, ob. cit., p. 206. Lo relevante es, por tanto, el desvalor de resultado desde la perspectiva del autor: si la prestación ha servido realmente a la realización del delito por parte del autor.

<sup>39</sup> Así, BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., p. 95.

<sup>40</sup> KINDHÄUSER, U. *Zum Begriff...*, ob. cit., pp. 355 y ss.

<sup>41</sup> Es el caso de FRISCH, W. *Comportamiento típico...*, ob. cit., p. 300.

## 2.2. Lo “subjetivo” oculto en las teorías aparentemente objetivas

Si partía de afirmar que la mayoría de la doctrina considera como un “problema de imputación objetiva” el de la limitación de la participación punible, afirmo ahora que sin embargo, también la mayoría de la doctrina parte de valorar el conocimiento que el partícipe tuviera del significado de su aportación para el autor a la hora de interpretar los criterios “objetivos” defendidos. Esto que a todas luces, desde los principios puros de la teoría de la imputación objetiva, podría ser visto como un “error metodológico”, ha acabado casi por generalizarse aunque de muy diferentes formas, desde quienes reconocen expresamente que el dolo es esencial en la valoración “objetiva” del comportamiento, hasta quienes sólo implícitamente toman en consideración el conocimiento del partícipe para la valoración de la peligrosidad de su conducta.

Entre los primeros podríamos situar a quienes como ROXIN parten de considerar el conocimiento seguro o probable (dolo directo o eventual) del plan delictivo del autor para valorar su aportación como participación punible<sup>42</sup>. Para este autor, una conducta tendría una referencia de sentido delictiva cuando no posee ningún otro sentido *para el favorecido*, que el de colaborar en el delito del autor<sup>43</sup>. Y aunque ROXIN diga partir de la teoría de la imputación objetiva para solucionar la cuestión de los límites de la participación punible<sup>44</sup>, de donde parte, a la hora de diferenciar los criterios exigibles a las conductas, es decir, si la conducta del cooperador es dolosa directa o dolosa eventual, esto es, de si el cooperador tiene o no un conocimiento seguro de que su favorecimiento va a servir para la

<sup>42</sup> Véase también, en sentido similar, OTTO, H. *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens*, en *Juristische Zeitung*, 2001, pp. 443 y ss.

<sup>43</sup> ROXIN, C. *Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003 (11ª edición), § 27, núm. 17, y también, ROXIN, C. *Was ist Beihilfe?...*, ob. cit., p. 513. En sentido similar LÓPEZ PEREGRÍN, M<sup>a</sup>.C. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 272 (aunque la autora utiliza los términos: finalidad autónoma de la aportación, y aunque para la autora la referencia la da el partícipe y no el autor).

<sup>44</sup> ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 22.

realización delictiva del autor<sup>45</sup>. En el primer caso añade como requisito “objetivo” la referencia de sentido delictivo<sup>46</sup>, esto es, la voluntad objetivada, y en el segundo, cuando el sujeto sólo sabe de la posibilidad de que su contribución sea utilizada para un hecho delictivo, entonces regirá la impunidad por el principio de confianza<sup>47</sup> sólo rota cuando concurra la presencia de otro requisito, la existencia de una “reconocible tendencia hacia el hecho”<sup>48</sup>.

Si bien gran parte de la doctrina ha criticado la configuración de ROXIN por partir del diferente dolo a la hora de valorar<sup>49</sup>, lo cierto es que son muchos los autores que, con otras

<sup>45</sup> ROXIN, C. *Was ist Beihilfe?...*, ob. cit., p. 514. También se suma a esta diferenciación entre los casos de conductas neutrales, según se actúe con dolo directo o dolo eventual, GEPPERT, K. *Die Beihilfe (§ 27 StGB)*, en *Jura*, 1999, p. 273, y, con una argumentación diferente reconociendo la ubicación del problema en la imputación subjetiva, THEILE, H. *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, Peter Lang, Frankfurt am Main/New York, 1999, p. 105. Sumándose a la posición de ROXIN de la teoría de la participación accesoria en THEILE, H. *Tatkonkretisierung...*, ob. cit., p. 43.

<sup>46</sup> ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 21. Cuando el comportamiento no tiene otro sentido para el autor en un contexto no delictivo, entonces la prestación tiene sentido de referencia delictiva.

<sup>47</sup> ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 21.

<sup>48</sup> ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 21.

<sup>49</sup> Así, entre otros en nuestra doctrina, FEJOO SÁNCHEZ, B.J. *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?* Comares, Granada, 1999, pp. 40 – 41 y BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., p. 74., por considerar contrario a la sistemática que marca la teoría de la imputación objetiva tal forma de proceder. En contra de estas críticas LANDA GOROSTIZA, con su tesis ROXIN no sustituye el juicio de imputación objetiva por el conocimiento sino que este “lo moldea, y máxime en el caso de los supuestos de aparente neutralidad en que dicho conocimiento resulta clave para poder tener noticia de la realidad subyacente”. LANDA GOROSTIZA, J.M. *La complicidad delictiva...*, ob. cit., p. 184. En sentido similar, AMBOS, K. *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*. UNED, 2ª época, nº 8, Madrid, 2001, p. 382.

argumentaciones, toman en consideración el conocimiento del partícipe del plan delictivo del autor dentro del juicio de “imputación objetiva”. Así ocurre con el planteamiento de NIEDERMAIR<sup>50</sup>, quien desde la idea del ataque accesorio al bien jurídico protegido y la exigencia de que el partícipe realice un riesgo no permitido que se concrete en la contribución con el delito del autor, entiende que el conocimiento de la finalidad delictiva convierte la aportación del autor en peligrosa<sup>51</sup>; o con el de RANSIEK<sup>52</sup>, quien desde la idea de la infracción del deber como elemento general a todos los injustos, incluido el de participación, establece en muchas de las categorías de casos, que él analiza por separado<sup>53</sup>, como condición determinante el conocimiento que el sujeto en la situación cotidiana o profesional tenga de que su aporte servirá, con seguridad, a la realización por otro de un delito<sup>54</sup>, resultando así, el conocimiento como indicador del sentido social, intersubjetivo, de la conducta que, cuando lo que indique sea el sentido de contribución segura de un delito, dará lugar a la responsabilidad por participación<sup>55</sup>.

Entraríamos aquí pues en el ámbito argumentativo de otro sector doctrinal que ha tratado de explicar la necesidad de tomar en consideración los conocimientos que tuviera el partícipe respecto al significado de su aportación al autor, mediante la teoría de los conocimientos especiales, conforme a la cual el juicio sobre la peligrosidad “ex ante” del comportamiento, debe hacerse tomando en consideración los conocimientos que, por su especial posición o por cualquier otro condicionamiento personal, tuviese el sujeto. En este sentido se manifiesta WOHLLEBEN en Alemania, cuando señala que la imputación objetiva debe tener en cuenta los conocimientos del autor<sup>56</sup>. De este modo, el

<sup>50</sup> NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 509 y ss.

<sup>51</sup> NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 534 y ss.

<sup>52</sup> RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., pp. 42 y ss.

<sup>53</sup> Véase también el análisis de la posición de RANSIEK que realiza BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., pp. 83 y ss.

<sup>54</sup> RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., p. 44.

<sup>55</sup> RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., p. 44.

<sup>56</sup> WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., p. 109. En sentido similar, recientemente, RACKOW, P.



partícipe también debe realizar un riesgo jurídicamente desaprobado, lo cual se analizará conforme al juicio de peligrosidad “ex ante”, valorando el comportamiento desde la perspectiva de un observador objetivo dotado de las reglas generales de la experiencia y de los conocimientos especiales del autor<sup>57</sup>. No se trata por tanto, de partir del dolo directo o eventual, sino de valorar primero el comportamiento del partícipe como socialmente beneficioso o perjudicial tomando en consideración el conocimiento que tuviera el sujeto del significado del hecho, pues cuanto más seguro es el perjuicio social, mayor es la desaprobación del comportamiento<sup>58</sup>. Así cuando se prevea con seguridad que el autor realizará el delito con su aportación, tal comportamiento se considerará participación punible, y también cuando el sujeto tenga conocimiento de la inclinación al delito por parte del autor<sup>59</sup>. Si el conocimiento no es seguro, la falta de previsibilidad elimina la punibilidad de la participación.

Por último hay un sector doctrinal que parece mantenerse firme en la concepción de que la resolución de las conductas neutrales se debe situar en el tipo objetivo y de que, en el mismo, el conocimiento del plan delictivo del hecho principal, y menos la finalidad del partícipe con su aportación, no deben adquirir una relevancia significativa. Básicamente a partir de las aportaciones de JAKOBS, de aquélla que defiende que la valoración sobre la adecuación social de las conductas debe realizarse no desde lo que sabe o quiere el sujeto, sino desde lo que su posición social (rol) le obliga a saber<sup>60</sup>, considera este sector frente a lo sostenido por la doctrina mayoritaria, que no es aceptable formar la base del juicio de adecuación incluyendo aquello que, por sus conocimientos especiales o el propio azar, no tenía deber de saber, pues supondría romper el

*Neutrale Handlungen...*, ob. cit., pp. 125 – 126, señala que el juicio de imputación objetiva no sólo puede realizarse con elementos objetivos, sino que debe partir de los conocimientos especiales del partícipe.

<sup>57</sup> BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., p. 150, nota 14, y pp. 159 y ss.

<sup>58</sup> WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., p. 127.

<sup>59</sup> WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., p. 127.

<sup>60</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 64.

sentido y función limitadora del juicio de imputación objetiva: “el conocimiento lo marca el deber, pues el conocimiento sin el deber de conocer sería un elemento del delito ajurídico, al estar definido de manera totalmente psicológica”<sup>61</sup>. Es el estándar del deber, en el caso de JAKOBS derivado del rol<sup>62</sup>, el que define el conocimiento, por lo que para JAKOBS y otros autores<sup>63</sup> el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de no abandonar determinados estándares: “el autor es garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares de seguridad habituales”<sup>64</sup>; también cuando el sujeto ajusta su propio comportamiento de rol a sus conocimientos<sup>65</sup>; y en el marco de la competencia institucional, el garante no puede excluir unos determinados conocimientos de su rol como especiales<sup>66</sup>. En todo caso, y por la propia función de garantía que lleva aparejado el ejercicio de un rol de posibilitar los contactos sociales<sup>67</sup>, “es el rol correspondiente lo que determina el contenido

<sup>61</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 66.

<sup>62</sup> Sobre la significación del rol en JAKOBS, véase JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 9 y ss. Se adscribe a esta idea pura “jakobsiana” POLAINO-ORTS, M. *Imputación objetiva: esencia y significado*, en KINDHÄUSER, U. /POLAINO-ORTS, M. /CORCINO BARRUETA, F. *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2009, pp. 19 y ss.

<sup>63</sup> Véase, en este sentido también, en la doctrina peruana CARO JOHN, J.A. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley, Lima, 2009, pp. 71 y ss., así como en CARO JOHN, J.A. *La impunidad de las conductas neutrales*, en VV.AA. *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, t. I. Ara Editores, Lima, 2006, p. 346, cuando señala que “el conocimiento que se imputa no es aquél de la conciencia humana del actuante individual en la situación concreta, sino, sobre todo, el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción”.

<sup>64</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 67.

<sup>65</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 68 – 69. Véase también en JAKOBS, G. *Über das Regressverbot im Strafrecht*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 76, 1964, p. 426.

<sup>66</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 69.

<sup>67</sup> Así, también, POLAINO-ORTS, M. *Imputación objetiva...*, ob. cit., p. 75.

de los deberes, y no un arsenal de peculiaridades individuales”<sup>68</sup>. Aplicado esto a la participación en el delito supone que no porque el panadero sepa que se va a envenenar el pan cambia la valoración del comportamiento del sujeto de, sobre la base de su deber (rol), vender pan. Las conductas neutrales pues, como expresión del cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social, estarían dentro “del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico penal”<sup>69</sup>.

Resulta significativo sin embargo, cómo resuelve JAKOBS uno de los casos que más ha dado de qué hablar, el del vendedor de cuchillos y el homicida que entra con su víctima a comprar el arma letal<sup>70</sup>: en un contexto normal la venta de un cuchillo a otro, aun sabiendo el mal uso que piensa realizar con él el autor, no hace nacer la complicidad, pero si a quien se vende es no sólo a un comprador de cuchillos sino a un homicida (porque el sujeto entra con la víctima), entonces el conocimiento es relevante y el que vende deja de hacerlo en su rol y pasa a hacerlo como cómplice de homicidio<sup>71</sup>. “Así, por ejemplo, si alguien llega a una ferretería arrastrando a alguien de forma violenta y con golpes y dice que quiere comprar un cuchillo, la entrega del cuchillo ya ha perdido todo sentido que no sea el de facilitar la comisión de un delito”<sup>72</sup>. Para JAKOBS, porque un contexto marcadamente delictivo puede influir en un comportamiento que estaba estereotipado como correcto para que, incluso, deje de serlo<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 70.

<sup>69</sup> CARO JOHN, J.A. *La impunidad de...*, ob. cit., p. 368.

<sup>70</sup> JAKOBS, G. *Beteiligung*, en DÖLLING, D. (HRSG.) *Jus Humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 566; sobre el mismo véase el análisis, crítico en cuanto a la solución planteada por JAKOBS, de ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 84 y ss.

<sup>71</sup> JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566.

<sup>72</sup> JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566.

<sup>73</sup> JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566. Esto ya lo había puesto de manifiesto JAKOBS anteriormente con un ejemplo similar, aunque no idéntico: “la venta de una pala en una tienda para artículos de jardinería es algo inocuo, pero si delante de la tienda

Esto es lo que llama JAKOBS “contexto caótico”, aquél en el que los roles no desempeñan su función aseguradora de forma efectiva y en el que por tanto, ya no rigen las reglas de imputación basadas en éstos<sup>74</sup>, con lo cual, sin embargo, está dando entrada JAKOBS en la valoración del si el comportamiento del sujeto se realiza en el marco de las competencias definidas por su rol, a la realidad desde la perspectiva del agente, pues ¿Cómo se puede decir que: “no es lo mismo que alguien solicite de otro la realización de un delito o que sólo cuente que una casa carece de vigilancia, que alguien explique cómo puede neutralizarse el personal de vigilancia de un banco o meramente el funcionamiento de una cerradura común, que alguien establezca una ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad, que alguien venda un juego de llaves de reserva o sólo un destornillador, que alguien sierre, como se le ha dicho, un trozo del cañón de una escopeta o que lo haga de una vulgar barra de hierro, que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de taxi, etc.”<sup>75</sup>, sin afirmar que en el estándar se está situando al propio agente con su conocimiento concreto<sup>76</sup>. JAKOBS se situaría

se está desarrollando una violenta pelea e irrumpen en aquella personas que participan en esta, estando ya heridas, y requieren que se les de rápidamente una pala, puede que ello sea distinto” (JAKOBS, G.: *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 92). Al respecto señala que “aquello que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí es estereotipado-socialmente adecuado” (JAKOBS, G.: *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 92).

<sup>74</sup> JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566. Véanse las atinadas críticas a la argumentación de Jakobs sobre los contextos caóticos de ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...*, ob. cit., pp. 85 y ss.

<sup>75</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 91

<sup>76</sup> Pues lo que no dice JAKOBS, pero se sobreentiende, es que tal valoración que él hace de los supuestos enunciados en primer lugar, parte de que el que explica la neutralización del personal de vigilancia no lo hace en un curso de defensa personal y a un agente de banco, que el que establece una ruta de huida lo hace de un robo y se lo comunica a los ladrones, que el que vende un juego de llaves de reserva no las transmite a ningún

pues, entre los autores que expresamente niegan la relevancia del conocimiento del partícipe para la valoración de la significación de su comportamiento, pero que implícitamente no renuncian a partir precisamente de lo que el sujeto en concreto sabe.

En sentido similar entiende FRISCH que en los casos de resolución delictiva cognoscible, parece objetivamente no realista confiar para la protección de bienes en la motivabilidad del tercero<sup>77</sup>. Por tanto, añade FRISCH, en esos casos, “hay que recurrir a aquellas personas que favorecen o incluso posibilitan el comportamiento delictivo del –probablemente ya- decidido o propenso a perpetrar el delito”<sup>77</sup>. Por eso, dice el autor, no se puede tratar del mismo modo el reintegro del patrimonio a un cliente decidido a cometer un delito menor de evasión de divisas por parte del empleado del banco (que lo sabe), que la devolución de un objeto idóneo para matar al propietario en el preciso instante en que éste se encuentra golpeando brutalmente a la víctima y está dispuesto a llegar al final<sup>78</sup> porque en este tipo de casos la libertad de obrar del tercero puede verse sacrificada, al modo de un estado de necesidad, en beneficio de la protección de bienes<sup>79</sup>.

Puede decirse, por tanto, que la doctrina es prácticamente unánime al considerar que no es posible construir el juicio de adecuación social del comportamiento o la valoración sobre la realización de un riesgo jurídicamente

legítimo propietario ni por orden suya, el que sierra un trozo de cañón de escopeta lo hace para alguien que pretende disparar a otro, y el taxista espera, en efecto, a un delincuente, pues si el no sabe que lo es, entonces sigue estando en el margen de su servicio. ¿O es que si fuera lo contrario de lo que yo creo que asume JAKOBS, él consideraría que si hay entonces imputación?

<sup>77</sup> FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 287.

<sup>78</sup> FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 332.

<sup>79</sup> FRISCH, W.: *Beihilfe durch neutrale...*, ob. cit., p. 548; también, FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 334. Véanse las críticas llevadas a cabo por ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...*, ob. cit., pp. 84 y ss., y mis comentarios al respecto en MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., p. 82.

desaprobado, desde bases absolutamente objetivas, y que esto es, a su vez, compatible con la afirmación de que el conocimiento del sujeto adquiere relevancia siempre que vaya unido a un comportamiento que pueda ser valorado como la intervención en un delito a modo de participación. El conocimiento no hace el hecho, pero la valoración del hecho exige partir de lo que el sujeto conocía. Al menos eso parece pensar la doctrina aunque se empeñe en decir muchas veces lo contrario.

### 2.3. Recapitulación y replanteamiento de la cuestión: Imputación ¿objetiva?

El análisis de la literatura doctrinal sobre las conductas neutras nos muestra que lo realmente relevante no es tanto la determinación de qué criterio interpretativo debe imperar como si el mismo se debe aplicar al hecho realizado por el sujeto con sus conocimientos concretos o al sujeto estandarizado conforme a sus propios deberes. La cuestión de la limitación de la participación punible no hace, pues, más que transportar la problemática tradicional de qué elementos, objetivos y/o subjetivos, hacen el hecho injusto. En este caso la cuestión a resolver es si es posible, o no, valorar el comportamiento (como peligroso, aunque sea mediatamente) del partícipe, sin atender al conocimiento que él tuviera (o que a él pudiera imputársele) de lo que estaba haciendo: se puede sostener que la valoración del riesgo se debe hacer desde el contexto social concreto y desde la organización conjunta con el autor y que, por tanto, la valoración de la participación debe realizarse desde los conocimientos del partícipe de lo que su aporte implica para el proceso de organización conjunta con el autor; como también se puede defender la idea de que la valoración del riesgo se debe hacer desde el contexto social concreto y desde la organización conjunta con el autor y defender que tal contexto venga definido por los deberes generales establecidos para los sujetos en el marco de sus roles organizativos e institucionales y que, por tanto, se valore desde lo que se debe saber y no desde lo que se puede realmente conocer pero no se tiene obligación de saberlo. Con la primera opción parece correrse un riesgo: que circunstancias extrañas a lo obligado socialmente que definan en el sujeto un peculiar saber más allá del general, definan un ámbito de

injusto mayor que el que se delimitaría por lo que un sujeto está obligado a conocer y que, por tanto, acabe sancionándose no por lo que uno hace sino por lo que uno sabe, pues de no haberlo sabido, su actuar sería diferente. Con la segunda opción parece correrse otro riesgo: que se construya erróneamente el contexto desde el que realizar la valoración social al no poderse definir lo realizado únicamente desde una perspectiva objetiva general sin considerar parte de lo subjetivo.

Como hemos visto la doctrina opta, prácticamente de forma unánime, aunque no de forma expresa, por la primera opción, esto es, por integrar a la persona con sus conocimientos concretos como sujeto desde el que valorar el hecho. Lo hace sin embargo, afirmando resolver en sede de imputación objetiva los supuestos de conductas neutras, si bien haciendo depender, en mayor o menor medida, la peligrosidad, o el sentido social delictivo, o la infracción del deber o, en definitiva, la relación de “imputación objetiva”, de un elemento subjetivo, concretamente del conocimiento que tenga el partícipe de la probabilidad de realización delictiva del autor en el momento de realizar su contribución. Esto no tendría por qué suponer un problema si no fuera por la vigencia del dogma de la separación entre tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, y la supuesta preponderancia de la primera en la actual sistemática del injusto penal imperante en la doctrina.

En el fondo de todo, pues, late una complicación metodológica no bien resuelta por la teoría del injusto resultante de la adopción de la teoría de la imputación objetiva mediante el tópico de los conocimientos especiales, cual es la de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo dentro del injusto penal. Es el momento de resolver esta cuestión y, con ello, de resolver la problemática de las conductas neutras.

### 3. ¿Es objetiva la imputación en Derecho penal?

#### 3.1. La imputación "no tan objetiva": el dogma de los conocimientos especiales

No sólo desde el finalismo, en ocasiones con argumentos trasnochados basados en una

metodología ontologicista, se ha puesto en duda la ordenación de la imputación objetiva como juicio anterior al de la existencia de dolo o imprudencia, también lo han hecho muchos otros autores identificados claramente en el normativismo pero a quienes les resulta imposible el poder realizar un juicio de valoración de la peligrosidad del comportamiento sin partir del conocimiento de la persona<sup>80</sup>. Quien con más claridad, a mi parecer, ha formulado los problemas sistemáticos que la separación entre tipicidad objetiva y subjetiva plantea a la teoría de la imputación objetiva, ha sido KINDHÄUSER, quien señala que no resulta útil la utilización, para valorar la peligrosidad del comportamiento, de la figura de un observador ficticio construido “ex post” de conformidad con determinadas representaciones de adecuación: “que una persona distinta del autor se hubiera comportado de un modo diferente a éste, no podría jamás fundamentar el reproche de que el autor se ha comportado incorrectamente”<sup>81</sup>. Al fin y al cabo, “el Derecho penal no trata del juzgamiento del curso del mundo, sino sólo de la pregunta de si una persona ha de hacerse cargo de la producción de un determinado daño por el hecho de que ella hubiese podido y tenido que evitarlo bajo el motivo dominante de seguir la norma”<sup>82</sup>, y dado que el destinatario de la norma sabe, ni más ni menos, aquello que sabe, y tiene que decidir cómo actuar sobre la base de este saber, “sólo este saber puede ser determinante para la pregunta de si el autor se ha comportado de la manera en que debería y podría esperarse de él como destinatario de la norma fiel a Derecho en la situación concreta”<sup>83</sup>. Esto se apoya en la idea, defendida cada vez por un mayor número de autores, incluso de entre los defensores de la teoría de la imputación objetiva, de que la valoración de un hecho como injusto no puede realizarse sin tener

<sup>80</sup> Véase sobre todas estas posiciones, MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 100-116.

<sup>81</sup> KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo*, en KINDHÄUSER, U. /POLAINO-ORTS, M./CORCINO BARRUETA, F. *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2009, p. 19.

<sup>82</sup> KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 30.

<sup>83</sup> KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 29.

en cuenta a la persona libre, la única que puede decidir, o no, someterse al mandato normativo<sup>84</sup>.

Los problemas de esta idea de imputación, como atribución de sentido, objetiva, han llevado a un sector mayoritario de sus defensores a la modificación o matización de alguno de sus presupuestos esenciales. En efecto, ROXIN admitió pronto la necesidad de hacer depender la realización del tipo objetivo de factores subjetivos<sup>85</sup> y hoy es mayoritaria la integración del conocimiento del autor en el estándar de valoración objetiva de la conducta, realizada por medio de los denominados conocimientos especiales<sup>86</sup>. Han sido muchos los autores que han tratado de explicar esta toma de consideración de ¿lo subjetivo? en el tipo objetivo, y de entre todas las argumentaciones destaca, a mi parecer, la

<sup>84</sup> En este sentido, y muy especialmente con respecto a la participación, RENZIOWSKI, J. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 240 y ss.

<sup>85</sup> Así en ROXIN, C. *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, en *Chengchi Law Review*, vol. 50, 1994, pp. 233 y ss. En todo caso es especialmente significativo en este sentido su trabajo, ROXIN, C. *Finalität und objektive Zurechnung*, en DORSEIFER, G. /HORN, E. /SCHILLING, G. /SCHÖNE, W. /STRUENSEE, E. /ZIELINSKI, D. (HRSG.) *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 250 y ss., o en ROXIN, C. *Finalidad e imputación objetiva*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 40, 1990, pp. 131 y ss., (donde el profesor de Munich responde a los trabajos de KAUFMANN, Arm. «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, en VOGLER, T. /HERMANN, J. (COORDS.) *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin 1985, pp. 251 y ss., y STRUENSEE, E. *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, en *Juristen Zeitung*, 1987, pp. 53 y ss.), reconociendo ya que la realización del tipo objetivo “posiblemente y en la práctica con frecuencia, depende también de factores subjetivos y psíquicos internos” (ROXIN, C. *Finalidad...*, ob. cit., p. 144), añadiendo que es del todo legítimo que incluso determinados factores subjetivos tengan trascendencia en la imputación objetiva (ROXIN, C. *Finalidad...*, ob. cit., p. 145).

<sup>86</sup> Así en Alemania, por citar los más significativos ROXIN, C. *Die Lehre von...*, ob. cit., pp. 233 y ss.; FRISCH, W. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbeständlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Carl Heymanns, Köln, 1983, pp. 133 y ss.

llevada a cabo por FRISCH. El autor parte de la necesidad de tomar en consideración los conocimientos de una persona a la hora de valorar la peligrosidad de su comportamiento<sup>87</sup>, pero pone en duda que no se pueda seguir predicando la objetividad del juicio si a la vez, se introducen los aspectos subjetivos o individuales, puesto que, dice FRISCH, lo que va a formar parte del juicio de peligro son circunstancias inequívocamente objetivas, sólo que cumplen con el criterio adicional de ser conocidas por el autor: “lo subjetivo o individual no es en sí mismo parte de la base del juicio, sino sólo criterio de selección para incluir los segmentos de la realidad (añadidos) en la base del juicio”<sup>88</sup>. No se trata pues, de hacer un juicio subjetivo dentro del tipo objetivo, sino de hacer el juicio objetivo, según parámetros objetivos y basándose en circunstancias objetivas desde los conocimientos y experiencias del autor<sup>89</sup>. Porque, y eso lo reconoce FRISCH, lo que sí es cierto es que al servirse de criterios subjetivos o individuales “está abandonando la categoría de lo objetivo en

<sup>87</sup> FRISCH, W. *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*. (traducido por Ricardo ROBLES PLANAS), en FRISCH, W. / ROBLES PLANAS, R. *Desvalorar e imputar*. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 55 y ss.

<sup>88</sup> FRISCH, W. *Delito y sistema del delito*. (traducido por Ricardo ROBLES PLANAS), en WOLTER, J. /FREUND, G. (EDS.): *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 248. Añade el autor que “puesto que las circunstancias experimentadas, conocidas o cognoscibles individualmente son, en todo caso, parte de una realidad más allá de la psique del autor y lo siguen siendo, está claro que es procedente también considerar un segmento de la realidad así determinado como objeto de referencia del conocimiento del autor o de su poder conocer”. En sentido similar se ha manifestado GRECO, quien afirma que “los hechos subjetivos cognitivos son tales que se refieren a un estado específico del mundo real”, GRECO, L.: *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum «Problem» des Sonderwissens*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117, 2005, p. 541. En sentido similar señala RACKOW, que es posible separar el conocimiento especial como hecho interior de su expresión exterior (RACKOW, P. *Neutrale Handlungen...*, ob. cit., p. 105).

<sup>89</sup> FRISCH, W. *La teoría de la imputación...*, ob. cit., p. 59.

la determinación misma del peligro objetivo y de su desaprobación y se centra en lo subjetivo”, pero, dice el Profesor de Friburgo, ¿representa realmente esta confusión entre lo objetivo y lo subjetivo una amenaza?<sup>90</sup> Porque, dice FRISCH, quizás haya que aceptar que un esquema de análisis que separe herméticamente lo objetivo de lo subjetivo no es la única medida de todas las cosas<sup>91</sup>.

Esta idea ha sido desarrollada por GRECO<sup>92</sup> en Alemania y por ROBLES PLANAS en nuestro país. Para el primero, la finalidad del tipo objetivo es la delimitación de las fronteras de lo permitido o prohibido, esto es, de hasta qué punto llega la libertad exterior de cada ciudadano o bien en qué punto termina. Conforme a esto, la actuación objetivamente típica va a ser siempre una actuación prohibida en su dimensión externa, independientemente de la presencia de cualquier hecho psíquico y particularmente de la intención<sup>93</sup>. Esto no significa que queden fuera los conocimientos especiales o la expresión exterior de los mismos: la inclusión de los conocimientos especiales permite configurar la función del hecho, de fijar las fronteras del riesgo permitido o prohibido<sup>94</sup>. En sentido similar, ROBLES PLANAS acepta que el juicio de desaprobación no puede emitirse de forma independiente al sujeto<sup>95</sup>, lo que le lleva a

<sup>90</sup> FRISCH, W. *Delito y sistema...*, ob. cit., p. 250.

<sup>91</sup> FRISCH, W. *La teoría de la imputación...*, ob. cit., p. 59. Véase en sentido similar en FRISCH, W. *Delito y sistema...*, ob. cit., pp. 246 y ss., especialmente p. 250.

<sup>92</sup> GRECO, L. *Das Subjektive...*, ob. cit., pp. 519 – 554.

<sup>93</sup> GRECO, L. *Das Subjektive...*, ob. cit., p. 537. En sentido similar, SCHUMANN, H. /SCHUMANN, A. *Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?*; HETTINGER, M./ZOPFS, J./HILLENKAMP, T./KÖHLER, M./RATH, J./STRENG, F./WOLTER, J. (HRSG.) *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*. C.F. Müller, Heidelberg, 2007, p. 546.

<sup>94</sup> GRECO, L. *Das Subjektive...*, ob. cit., p. 537. En sentido similar señala RACKOW, que es posible separar el conocimiento especial como hecho interior de su expresión exterior (RACKOW, P. *Neutrale Handlungen...*, ob. cit., p. 105).

<sup>95</sup> ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, en FRISCH, W. / ROBLES PLANAS, R. *Desvalorar e imputar*. Atelier, Barcelona, 2006, p. 94.

reconocer que no puede seguir manteniéndose en un sentido fuerte la división entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo, pero sí en un sentido débil, pues los estándares objetivos aún pueden ser útiles al determinar el campo de lo que debe conocer el sujeto en el ámbito vital correspondiente, de modo que cuando no se infrinja el estándar “normalmente la conducta no estará ya objetivamente desaprobada y no será necesario abordar ningún aspecto subjetivo del autor”<sup>96</sup>. La excepción a ese “normalmente” son los conocimientos especiales, cuando “ex ante” hay algunas circunstancias que fundamenten la desaprobación del riesgo y el autor lo conoce. Pero son poco frecuentes y por tanto sigue teniendo sentido trabajar con la subcategoría del tipo objetivo pues “filtra la mayoría de los supuestos, cumpliendo así una función orientadora general cuya utilidad difícilmente puede negarse”<sup>97</sup>.

Hoy en día pues, son varias las voces desde la teoría de la imputación objetiva que matizan que pueda realizarse el juicio de injusto en el tipo objetivo y acudiendo a los conocimientos del sujeto, pero que siguen defendiendo la separación entre imputación objetiva e imputación subjetiva porque con ello se sigue ofreciendo una dogmática más orientada a la interpretación normativa del tipo de injusto<sup>98</sup>. Les es complicado, sin embargo, a estas argumentaciones convencer en el empeño en dar un paso de análisis del estándar objetivo para después comparar tal valoración con lo que “de especial” pudiera saber el autor, por lo que cada vez son más los que rechazan la corrección metodológica de la teoría de la imputación objetiva matizada con el dogma de los conocimientos especiales<sup>99</sup>. Especialmente

<sup>96</sup> ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e...*, ob. cit., p. 96.

<sup>97</sup> ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e...*, ob. cit., p. 96.

<sup>98</sup> Véase tal defensa de la utilidad y necesidad de la teoría de la imputación objetiva también en GRECO, L.: *Das Subjektive...*, ob. cit., pp. 519 – 554.

<sup>99</sup> Lo hacen en primer lugar los finalistas, para quienes la asunción del dogma de los conocimientos especiales supone la constatación de que para realizar un juicio de peligrosidad sobre un comportamiento personal resulta esencial partir del saber del autor y de que por tanto, la teoría de la imputación objetiva es incorrecta (STRUENSEE, E.:

demoledor en este sentido es KINDHÄUSER, para quien entre ajustar los filtros (en el sentido de seguir manteniendo la teoría de la imputación objetiva con la tesis de los conocimientos especiales) o suprimir la imputación objetiva por carencia de función y disfuncionalidad, opta por esto último al considerar la teoría totalmente innecesaria<sup>100</sup>. No pudiendo establecerse, sin considerar el saber individual del autor, qué medidas son adecuadas al cuidado esperado para la evitación de la realización típica, entonces el conocimiento del autor tiene que ser ya un elemento del tipo en la construcción del hecho punible, así como en segundo lugar, la infracción individual del estándar de cuidado tiene que ser el criterio equivalente al dolo en la constitución del injusto de la acción imprudente<sup>101</sup>.

### 3.2. La imputación (¿esta vez sí?) objetiva en Jakobs

Existe un importante sector de la teoría de la imputación objetiva en su versión normativista más pura, el liderado por JAKOBS<sup>102</sup>, que critica el correctivo de los conocimientos especiales al

*Der subjektive...*, ob. cit., p. 53. También en STRUENSEE, E. *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 97 y ss.) pues si lo que conoce el espectador objetivo se tiene que complementar con los conocimientos del autor, o esto con lo reconocible objetivamente, al final la situación de riesgo a valorar estará siempre delimitada por lo que el autor conozca STRUENSEE, E. *Der subjektive...*, ob. cit., pp. 58 y ss. Así pues, y como señala KAUFMANN, Arm. ¿«Atribución objetiva» en el delito doloso? (traducido por Joaquín CUELLO CONTRERAS), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, 1985, p. 820 si se incluyen los conocimientos especiales del autor en el tipo objetivo del delito doloso lo que se está haciendo es desplazar toda la componente intelectual del dolo a la parte objetiva.

<sup>100</sup> KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 16.

<sup>101</sup> KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 23.

<sup>102</sup> Así, JAKOBS, G. *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* en DORSEIFER, G. /HORN, E. /SCHILLING, G. /SCHÖNE, W. /STRUENSEE, E. /ZIELINSKI, D. (HRSG.) *Gedächtnisschrift...*, ob. cit., pp. 237 y ss.; JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal* (traducido por Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIA). Civitas, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.

considerar que “el conocimiento del que el Derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al Derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales (conocimiento que no corresponde al rol del autor) o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el Derecho no deba transformarse en una institución total”<sup>103</sup>. Lo que importa es la infracción del deber, y no el conocimiento que el sujeto tenga, pues es el deber objetivo el que define la expectativa infringida y no el propio sujeto. De tal forma que “quien ejecuta algo estereotipado - socialmente adecuado no responde, con independencia de lo que piense y sepa, mientras que aquél que se adecúa a un plan delictivo, da una razón para imputarle la ejecución”. Esto se deriva de la propia configuración de JAKOBS de la imputación objetiva como juicio para la imputación de las desviaciones de las expectativas referidas al portador de un rol<sup>104</sup>, de un modo tal que será el rol y desde luego no el sujeto como ser natural en concreto, el que, al situar al sujeto en la sociedad, ofrezca la medida de la propia responsabilidad y sirva, por tanto, para definir el injusto penal. En otras palabras: “la libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno”<sup>105</sup>.

La idea “jakobsiana” del rol, en lo que nos interesa ahora del presunto rechazo de los conocimientos especiales, o los propios del sujeto, en la configuración del injusto objetivo, ha sido seguida por otros autores en España y en Iberoamérica<sup>106</sup>, y supone la última forma teórica,

<sup>103</sup> JAKOBS, G. *Indiferencia como dolo indirecto*, en DEL MISMO: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas, Madrid, 2004, p. 193.

<sup>104</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 26.

<sup>105</sup> JAKOBS, G. *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*, en VV.AA.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. UNED, Madrid, 2001, p. 625.

<sup>106</sup> Entre ellos destacan CARO JOHN, J.A. *La impunidad de...*, ob. cit., pp. 343 y ss.; y POLAINO-ORTS, M. *Imputación objetiva...*, pp. 19 y ss. y PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del*

cuanto menos aparente, de construcción de un juicio puramente objetivo, sin toma en consideración de “la perspectiva individual”, para la atribución de sentido social.

Sin embargo, y pese a este “objetivismo radical” que parece mostrarse tras la teoría del rol, lo cierto es que a veces da la sensación de que JAKOBS está partiendo en realidad de una acción personal y que el conocimiento ya forma parte del hecho, básicamente porque cuando niega la relevancia de lo subjetivo en la valoración de la tipicidad objetiva, lo hace refiriéndose básicamente a que “no es determinante la interpretación que el autor dé a su hecho, sino la interpretación objetiva, orientada con base en el rol”<sup>107</sup>. Quizás lo que quiere apartar JAKOBS de la valoración del injusto es la perspectiva subjetiva en el sentido de perspectiva individual o personal, esto es, la valoración que hace el autor de su propio hecho, así como la intención y la causalidad como elementos esenciales de la valoración del hecho<sup>108</sup>. Así, cuando afirma JAKOBS que “la imputación es objetiva porque para la valoración de la situación típica no son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significado” no está negando el autor de Bonn la valoración social del hecho imputado a la propia persona (conocido por ella), sino que para la valoración lo decisivo sea lo que considere la persona que está pasando. Porque lo que él quiere es superar la causación en sentido naturalista y para eso es necesario integrar el sentido social, pero no eliminar a la persona<sup>109</sup>.

*Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 265 y ss.

<sup>107</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 26.

<sup>108</sup> JAKOBS, G. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 13.

<sup>109</sup> De hecho esto es lo que parece ocurrirle a JAKOBS cuando habla de que en los contextos caóticos, el contexto puede cambiar el significado del rol, porque el rol sin persona no tiene ningún tipo de vinculación normativa. Similares dudas muestra SANCINETTI, en su brillante intento, yo creo que más cercano al éxito que al fracaso, de demostración de que la concepción penal de JAKOBS

### 3.3. ¿Imputación objetiva o valoración del hecho imputado?: una forma distinta de ver las cosas desde la doctrina de la imputación kantiana

Como he expuesto recientemente en Perú en una monografía<sup>110</sup>, existe otra forma de ver las cosas que ni cae en el ontologicismo finalista ni da saltos metodológicos extraños de lo objetivo a lo subjetivo y de esto a otro. Se trata de la moderna revisión de la clásica doctrina de la imputación de KANT que ha llevado a cabo en las últimas décadas en Alemania HRUSCHKA y que ha comenzado a recibirse en España en los últimos años.

Partiendo de la diferenciación entre reglas de conducta, aquéllas que aportan pautas de conducta al sujeto, y reglas de imputación, que sirven para determinar la responsabilidad atribuyendo un suceso a un agente<sup>111</sup>, los recursos analíticos de la doctrina de la imputación ofrecen un esquema sistemático del delito en el que, por orden, se diferencian tres pasos: la “imputatio facti”, la “applicatio legis” y la “imputatio iuris”. Primera y tercera son juicios de imputación, en los que se juzga la pertenencia de un hecho a un agente (“imputatio facti”) y la atribución, al artífice (“Urheber”), del hecho antijurídico a título de demérito o en su caso, el

se entroncaba en la tradición subjetivista de su propio maestro, WELZEL (SANCINETTI, M.A. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996 pp. 119 y ss.). Algo similar ocurre con la tesis de PIÑA ROCHEFORT, a quien tampoco le resulta sencillo desvincularse de la persona y de su conocimiento como parámetro desde el que, después, realizar la valoración social. Véase sobre todo ello, MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 108 y 109.

<sup>110</sup> MIRÓ LLINARES, F. *La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva*, en MIRÓ LLINARES, F. y POLAINO-ORTS, M. *La imputación penal a debate Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara, Lima, 2010, p. 109.

<sup>111</sup> HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, de LUZÓN PEÑA, D. M. / MIR PUIG, S. (COORD.). Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 28 y ss.

hecho que va más allá del deber a título de mérito (“imputatio iuris”)<sup>112</sup>. Entre esos dos procesos de imputación hay un paso intermedio muy importante, la “applicatio legis”, que no es un proceso de imputación, sino de valoración del hecho ya imputado al sujeto como suyo y que consiste en la comparación de tal hecho con la regla de conducta que obliga a actuar o a no actuar de una determinada forma. La diferencia entre imputación y “applicatio legis” o valoración del hecho imputado es importante, pues mientras que “la imputación consiste en un juicio de atribución de un contenido muy concreto: de algo como un hecho y de ese hecho como reprochado al agente; la aplicación de la ley consiste en la valoración, en función de una regla, de lo que se imputa como hecho”<sup>113</sup>. En otras palabras: primero se imputa el hecho a la persona, luego se aplica la ley valorando la conformidad o disconformidad del mismo con la norma y, finalmente, se el imputa la desaprobación jurídica a título de demérito.

Esta sistematización y este modelo analítico nos informarían ya, pues, de dos importantes consecuencias en relación con la cuestión de la posible separación entre tipicidad objetiva y subjetiva. La primera, que la teoría de la imputación objetiva no es, conforme al método anteriormente explicado, un juicio de imputación, sino más bien un conjunto de reglas que sirven a la “applicatio legis”, a la valoración del hecho<sup>114</sup> ya imputado al sujeto como conforme o no a la regla de conducta concreta de que se trate<sup>115</sup>, lo

<sup>112</sup> HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., pp. 30 y ss., y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. BdeF, Montevideo, Buenos Aires, ob. cit., p. 405.

<sup>113</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 404. Véase la relación entre los dos pasos y su separación, en HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., pp. 32 y ss.

<sup>114</sup> De forma similar ya lo anticipó PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 49 y más recientemente ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e...*, ob. cit., p. 80.

<sup>115</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 524.

cual explicaría que se pretenda construir como un juicio “objetivo”. Lo es, pero en un sentido de un juicio de valoración del comportamiento desde una perspectiva “objetivo-general”, de significación social del comportamiento y no desde la perspectiva de lo que el hecho significa, por ejemplo, para el propio autor. Dentro de la “imputación objetiva”, de lo que se trataría pues, es de la realización de operaciones de interpretación y subsunción, de aplicación de la ley al hecho o, en otros términos, de “valorar si el hecho pertenece al género de conductas descritas en el tipo, lo cual exige conocer la norma, interpretarla y haber delimitado el objeto, el hecho, que es precisamente, lo que se da en la fase de “applicatio legis ad factum”. Pero eso no es una cuestión de imputación en sentido estricto<sup>116</sup> y es “objetiva” en el sentido afirmado de valoración normativo-social.

La segunda importante consecuencia es que la “applicatio legis”, similar en función a lo realizado en el -mal- llamado juicio de imputación objetiva, tendrá lugar sobre el hecho ya imputado a la persona, y en dicho primer proceso de “imputatio facti”, ya sí de imputación en sentido estricto, el conocimiento es un elemento básico del juicio de imputación del hecho a la persona. Imputar, dice HRUSCHKA “quiere decir que al juzgador imputante no le parece que el proceso sea un simple acontecimiento físico (...) sino que quiere decir que el juzgador toma, bien el proceso, bien la inactividad, como un hecho (comisivo u omisivo), como un factum en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha hecho un sujeto agente”<sup>117</sup>. Esto presupone que el sujeto sea susceptible de pautas de conducta y éstas exigen conciencia en el agente para ser tal<sup>118</sup>: “[s]ólo si el sujeto conoce la virtualidad del proceso desplegado, y en tanto éste permanezca bajo su control, podemos hablar de un agente y de

<sup>116</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 525. Añade que “se da cierta mezcolanza de imputación (creación de un riesgo) con elementos de medición del hecho con arreglo a una ley (perteneciente al ámbito de protección de una norma)”.

<sup>117</sup> HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., p. 30.

<sup>118</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 399.

un hecho”<sup>119</sup>. Al fin y al cabo la imputación, es un proceso de atribución de un suceso a un sujeto al concebirlo, diría KANT, “como precedente de la libertad”<sup>120</sup>, y por eso es necesario que pueda decirse que “bei uns selbst, in unserer Macht stehen”<sup>121</sup>. De esta forma, el conocimiento se convierte en elemento esencial, junto al control (claramente relacionado con lo voluntativo), de la imputación de un hecho<sup>122</sup>: “la persona sólo es agente si al controlar ese proceso actualiza sus conocimientos, la posible anticipación de lo que puede derivarse, y efectivamente ejerce ese control (o prescinde de él, en la omisión)”<sup>123</sup>. Para imputar, pues, como paso previo a la valoración de lo hecho como injusto o, en otras palabras, a la realización del juicio de injusto desde parámetros normativos, se exige “la constatación de que el sujeto conoce las circunstancias relevantes”<sup>124</sup> y el

<sup>119</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 408.

<sup>120</sup> KANT, I. *Reflexionen zur Moralphilosophie*, citado por HRUSCHKA, J. *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, en DEL MISMO: *Imputación y Derecho penal* (traducido por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ). Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 173, nota 11.

<sup>121</sup> HARDWIG, W. *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*. Cram de Gruyter, Hamburg, 1957, p. 14.

<sup>122</sup> Así también, cuando señala que “para poder identificar algo como hecho, esto es, para imputar la acción como hecho, se precisan dos requisitos: que el sujeto esté presente, en primer lugar, mediante su conocimiento de la situación; y, en segundo lugar, mediante el control sobre la situación. No podremos hablar de un hecho, dentro de parámetros de racionalidad, mientras no tengamos, al menos, certeza de ambos extremos. Más aún, en cuanto al primero se podrá imputar si, y sólo si, el sujeto conoce la situación potencialmente lesiva y, al menos, durante un momento relevante de ésta” (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 524). Se trata de los dos criterios que HRUSCHKA ha propuesto para la imputación de algo como hecho: referencia y simultaneidad. Por “referencia” se entiende que la modificación exterior en la que el sujeto se ve inmerso es el objeto de su representación o conocimiento. Por “simultaneidad” se entiende que representación y modificación de la situación coinciden, al menos, durante un momento relevante.

<sup>123</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 407.

<sup>124</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 408.

control (que el sujeto domina el proceso), y si media desconocimiento de las circunstancias o el sujeto no es origen del proceso, no es posible la imputación”<sup>125</sup>. Como dice HRUSCHKA, sólo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no antijurídico, si bien el juicio por el que un hecho se considera o no antijurídico será siempre el resultado de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición<sup>126</sup>.

En otras palabras: para valorar un hecho como conforme o disconforme con la descripción normativa de un mandato, no es necesario conocer ni las apreciaciones subjetivas de esa persona sobre el significado de su comportamiento, ni su relación emocional con sus propios actos y con las consecuencias de los mismos, pero sí que el sujeto tenía control sobre lo que estaba haciendo y conocía lo que hacía, pues sólo lo que le es propio, se le podrá imputar al sujeto ordinaria-mente, y sólo lo que no conocía pero le incumbía, se le podrá imputar de forma extraordinaria. Esto no significa que sea una perspectiva subjetiva o individual la que se esté adoptando: sigue siendo el de tipicidad, un juicio objetivo en el sentido de ser una valoración desde el sentido social, pero al partir de “lo hecho” (o imputado) por el propio sujeto se define o constituye el objeto de la valoración normativa: sabiendo lo que esta persona debía saber, la exigencia social para el caso concreto, conforme a la experiencia general y a la valoración normativa concreta, es la siguiente, y frente a ella la persona hizo esto, por lo que se puede decir que ha infringido (o no) la norma. Tampoco estoy afirmando que el dolo se debe valorar antes que la propia peligrosidad del comportamiento. Más bien se debe decir que en el delito doloso, la decisión de llevar a cabo un hecho, que es lo que después va a ser valorado, debe imputarse previamente al sujeto, y debe definirse lo que se sabía concretamente para, a partir de ahí, realizar la valoración de peligrosidad mediante la comparación con los estándares de riesgo, con lo que socialmente se diría que debió hacerse o no. Es el momento de

<sup>125</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 409.

<sup>126</sup> HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., p. 31.

aplicar esto a las, mal llamadas, conductas neutrales.

#### 4. Recapitulación y conclusiones dogmáticas

##### 4.1. Conductas ¿neutrales? y complicidad en actividades económicas delictivas

Al plantear la cuestión de las conductas neutrales en el seno de la teoría de la participación delictiva puede parecer que nos hemos desviado de los supuestos de hecho de los que habíamos partido y que trataban de la posible intervención como autores de un asesor jurídico y de un testaferro en delitos de lavado de activos y blanqueo de capitales, en Perú y España, respectivamente. Nada más lejos de la realidad. En primer lugar porque, como se habrá advertido, y como se verá en la resolución de esos casos, la problemática analizada no es propia y exclusiva de la teoría de la participación delictiva, sino que afecta a la propia comprensión del injusto penal y especialmente a su sistemática. Ya avisé que las conductas neutrales salieron a la palestra porque planteaban un problema dogmático de la teoría del delito, el de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal, aún no solucionado, y la solución que se presente para la participación apenas requerirá de ligeros matices para su validez para cualquier otra forma de intervención en el injusto. Pero además, y en segundo lugar, no hay que olvidar que el propósito de este trabajo no era el de resolver dos casos concretos sino, a partir de ellos, plantear la problemática de la intervención de asesores jurídicos, económicos, o de otro tipo, en la actividad económica ilícita y la posible responsabilidad penal que puede derivarse de ello. Si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos, la intervención de esos asesores no dará lugar a la aplicación de un tipo penal específico sino, como máximo, a la intervención como cómplice o como instigador en el delito, se entenderá que antes de especificar la problemática del lavado de activos, planteemos la solución a las conductas neutrales.

Lo que nos estamos planteando, por tanto, es cuándo un abogado o un asesor económico que actúa en el marco de su actividad pero en relación con un comportamiento delictivo, puede ser hecho responsable en Perú por complicidad o instigación, y en España por complicidad,

cooperación necesaria o inducción en el delito. Lo primero que hay que convenir, después del análisis realizado, es que este tipo de conductas denominadas conductas neutrales, también denominadas acciones cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas socialmente adecuadas, etc.<sup>127</sup>, no conforman, como señala NIEDERMAIER, un grupo de supuestos de hecho que requieran o tengan un tratamiento jurídico penal especial<sup>128</sup>. Como ha apreciado recientemente con acierto RACKOW, la neutralidad en Derecho penal sólo puede entenderse en el sentido de atipicidad<sup>129</sup>, por lo que podríamos decir que no existen conductas neutrales sino cooperaciones materiales o intelectuales atípicas al no constituir complicidad, cooperación necesaria o inducción típicas. Es decir, que no existen conductas neutrales sino colaboraciones o ayudas atípicas, por lo que nuestra tarea es la de tratar de definir qué es aquello que convierte a un comportamiento (de un sujeto en concreto y por tanto, con su conocimiento y control) en la participación en un delito. No siendo ahora posible realizar una revisión completa de todas las teorías sobre el fundamento del injusto de participación, llevada a cabo en otro sitio<sup>130</sup>, sí se puede poner de manifiesto la teoría de la participación delictiva que defiende y que entiende, de forma cercana a la idea de la realización conjunta del hecho de JAKOBS<sup>131</sup>, que el partícipe ni realiza él sólo un

<sup>127</sup> ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 31 y 32.

<sup>128</sup> NIEDERMAIER, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., p. 508.

<sup>129</sup> RACKOW, P. *Neutrale Handlungen...*, ob. cit., p. 567.

<sup>130</sup> MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 39 y ss.

<sup>131</sup> La idea de JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 78 y ss., y JAKOBS, G. *Intervención delictiva y comprensión social* (traducido del manuscrito "Beteiligung und gesellschaftliches Verständnis" por José Antonio CARO JOHN), ponencia presentada al *Congreso Internacional de Derecho penal (Política criminal y Dogmática jurídico-penal)*, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), 14 de abril de 2008, de que el delito es una obra de todos en la que ha habido una organización conjunta y un reparto de funciones, por lo que es a la comunidad (de autor y partícipe) a la que habrá que imputar el hecho, ha influido significativamente en algunas de las, a mi parecer, más completas fundamentaciones del injusto de

injusto diferente al del autor, ni colabora en la realización por éste del injusto, sino que co-realiza, con y a través del autor, el único injusto, el definido por el tipo penal específico de que se trate, mediante su integración en el injusto del autor que, desde ese momento ya no le pertenece sólo al autor sino a ambos. El partícipe, como diría HRUSCHKA del inductor (y es válido para el instigador<sup>132</sup>), se une al hecho principal<sup>133</sup> y así, se integra en un injusto que pasa a estar conformado por la intervención principal y por la intervención accesoria: por aquélla que es valorada socialmente como la realización (completa y autónoma) de un injusto (autoría), y la que es valorada como "el integrarse" en el injusto que hubiera existido sin tal intervención pero no del mismo modo (participación). Lo mismo debe poder decirse para el cómplice, tanto al que dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, como para los que de otro modo presten asistencia<sup>134</sup>. Esto significa que

participación como son las de FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 322, LESCH, H.H. *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traducido por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, 1995, pp. 936 y ss. ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 267 y ss.), o SÁNCHEZ LÁZARO, F.G. *Intervención delictiva e imprudencia*. Comares, Granada, 2005, pp. 382 y ss.

<sup>132</sup> Sin entrar ahora en la cuestión de si pueden identificarse completamente la inducción tal y como viene definida en el Código Penal español y la instigación del art. 24 del Código Penal de Perú, lo cierto es que también el instigador, como partícipe, pasa con su conducta de determinación de la comisión del hecho por el autor, a formar parte del injusto, pues sólo si es así puede responder, aunque sea como partícipe por él. Esto no supone, en ningún caso, identificar al instigador con el autor mediato, pues el primero es partícipe y se integra en un hecho injusto, mientras que el autor mediato es el que directamente crea ese hecho injusto. Sobre la instigación en Perú véase el análisis de VILLAVICENCIO TERREROS, F. *Derecho penal. Parte General*. Grijley, Lima, 3ª reimpresión, 2009, pp. 520 y ss.

<sup>133</sup> HRUSCHKA, J. *Prohibición de regreso...*, ob. cit., p. 179.

<sup>134</sup> Estas son las dos formas de complicidad establecidas en el art. 25 del Código penal de Perú. Véase al respecto el completo análisis de

también el partícipe "realiza" el injusto, el definido en la parte especial del Código penal, si bien, y a diferencia del autor, no interviene realizando por sí mismo lo prohibido por la norma penal, sino integrándose en un injusto que era de otro, pero que con su comportamiento, pasa a ser también propio. El legislador no sólo quiere confirmar la vigencia de la norma (o evitar la lesión de bienes jurídicos previniendo comportamientos no queridos) frente a quien puede decidir organizarse de forma contraria a la establecida por la norma, sino también, frente a quienes pueden decidir integrarse en tal proceso de organización contraria al mandato normativo, y es esto precisamente lo que lleva a cabo el partícipe, un "integrarse" en un injusto, una conformación del mismo mediante una conducta cuyo único sentido sea formar parte de lo que era el delito de un autor.

Con la referencia a este "integrarse" del partícipe en el injusto pretendo poner el acento, por una parte en la idea de la responsabilidad por lo propio en el injusto que otro protagoniza (autorresponsabilidad + accesoriedad) y por otra, restringir el ámbito de aplicación de la forma de intervención como partícipe, mediante la superación del causalismo expansivo que hay detrás de términos como ayuda, colaboración o favorecimiento. En cuanto a lo primero, el partícipe responde por lo que él hace, si bien para valorar lo que él hace como injusto o no, resulta esencial mirarlo desde la óptica de la importancia que el comportamiento tiene en el proceso de realización del injusto por parte del autor. Y de ahí también, la diferencia con la autoría: integrarse implica pasar a formar parte de algo que ya existe, de modo que la existencia de delito depende del autor, no del partícipe, puesto que mientras que no hay injusto sin autor, sí puede existir injusto sin partícipe<sup>135</sup>. En cuanto a lo

VILLAVICENCIO TERREROS, F. *Derecho penal...*, ob. cit., p. 520 y ss.

<sup>135</sup> Lo que hace pues, el partícipe, no es crear (mediante un acto que tiene sentido por sí mismo) el injusto de la Parte especial, pero sí unirse al injusto llevado a cabo por el autor. Sólo con lo que el partícipe ha hecho no hay nada, pero, al haber un autor, con sólo lo hecho por el partícipe ya hay algo más que con sólo lo hecho por el autor: ya no hay una sola realización del injusto, sino que hay una correalización del mismo, uno mediante su creación y otro mediante la integración a lo creado. La

segundo, a la restricción del ámbito de aplicación que supone la fundamentación de la participación en la idea de la integración, el "integrarse" en una determinada realidad implica algo más que interaccionar con ella, supone conformarla, pasar a formar parte de ella y por tanto, dotarla de un sentido que sin lo realizado, no tendría. No bastará, pues, para que haya participación, con un favorecimiento entendido en términos causales, como la realización de cualquier aportación que sea utilizada por el autor para la ejecución de su hecho típico y antijurídico; ni siquiera en términos de peligro directamente en relación con el bien jurídico protegido, como la creación de un riesgo (o de un incremento del riesgo) para el objeto de protección, sino en términos de significación de adscripción al proyecto de injusto, de adopción de la negación del modelo de orientación marcado por la norma.

Para que haya participación en un delito, y un sujeto responda por complicidad (sea primaria o secundaria) no bastará con que el sujeto piense que está ayudando a otro, sino que es necesario que efectivamente se pueda decir que con su conducta se integra en el injusto que era de aquél y ahora pasa a pertenecerle también a él como partícipe. Pero, entonces ¿qué relevancia tiene el conocimiento? Es el momento de cerrar también esta cuestión.

Lo primero que hay que señalar al respecto es que no es un error metodológico el atender previamente al conocimiento del abogado o del asesor económico para la valoración como injusto

integración del partícipe, pues, no supone una correalización del hecho, sino una correalización del injusto penal mediante un hecho de participación distinto cualitativamente al del autor. Mientras que el autor interviene mediante la realización de un comportamiento que supone la negación total de la expectativa normativa, el partícipe lo hace mediante una conducta que, por sí sola, no supone la negación de la expectativa normativa, pero que al venir ligada a una negación realizada por un autor, se convierte en la afirmación de tal negación y, por tanto, en negación en sí misma. El partícipe no realiza el injusto como el autor, pero lo hace suyo, se integra en él, y por eso responde, por realizar algo cuyo único significado social posible es el favorecer al autor. Por eso el partícipe sólo responde de forma accesoria: pues si no hay injusto en el que integrarse no hay intervención a modo de participación.

de su comportamiento. El error sería lo contrario: realizar tal juicio desde el contexto de un hombre medio dotado de conocimientos estándar, y no de los conocimientos concretos de la persona a la que se va a realizar el juicio de antinormatividad; sobre todo si se admite que al final, se pretende hacer responder a la persona y no al "hombre medio" y se va a tener que valorar el conocimiento que ella tuviera. Para valorar como contrario o no a la norma el comportamiento del partícipe, hay que partir de aquello que él conocía, pues sólo lo que él hizo, sabía que hacía y quiso hacer, podrá ser valorado como negación de la norma, en este caso, por su integración en la negación realizada por el autor. Pero el mero conocimiento del sujeto no convierte su aportación en un favorecimiento integrado en el injusto. Es cierto que socialmente, un comportamiento puede cambiar de significado si se incluye la variable de que el sujeto que lo realiza sabía algo que no tenía por qué saber. Pero tampoco puede aceptarse la idea de que la representación del delito de otro suponga la integración de cualquier comportamiento que se relacione con el autor como participación en el delito, porque aun con la certeza de que uno hace algo que piensa que supone ayudar a otro a cometer un delito, lo importante es que lo que uno haga tenga ese sentido, desde una perspectiva normativa o social. De nuevo: no se sanciona a alguien como partícipe por conocer la significación de su aportación para el autor, sino por hacer algo cuya significación social es integrarse en el injusto del autor, porque el conocimiento por sí solo, no puede configurar el injusto de participación. Lo contrario no es aceptable, en primer lugar porque supondría acercarnos mucho a la responsabilidad por el pensamiento, dado que estaríamos castigando por querer negar la norma, pero no por negarla; y en segundo lugar porque se ampliaría de forma excesiva la responsabilidad por medio de la participación: ya no se trataría únicamente de hacer responsable a alguien por hacer suyo un injusto, por asumirlo materialmente, sino por asumirlo intelectualmente aunque propiamente su conducta no forme parte de él.

Porque al igual que es cierto que socialmente un comportamiento puede cambiar de significado al saber el partícipe su relevancia para el autor, también lo es que puede no hacerlo, puede seguir

siendo un comportamiento que entre dentro de los márgenes de la libertad de actuación, de lo socialmente aceptable o dentro de lo socialmente inaceptable pero dentro de otro tipo de prohibición penal diferente. El Derecho penal no sanciona propósitos moralmente reprochables, sino comportamientos contrarios a lo establecido, que en el caso de la participación, se concretan en la integración, por medio de un favorecimiento, en el proceso de negación de la norma por parte de otro. Por ello mismo lo relevante no será que el sujeto quiera adscribirse al delito del autor, sino que efectivamente lo haga, para lo cual será necesario que sabiendo lo que sabe, haga aquello que sólo se puede interpretar como la adscripción al injusto del autor. El conocimiento no es, pues, el criterio esencial para la fijación del límite mínimo de la participación punible. Tampoco tiene por qué ser el criterio mínimo para la responsabilidad a título de participación al haber la participación imprudente<sup>136</sup>. Lo que sí es el conocimiento, es el presupuesto del que debe partir la valoración como injusto doloso del comportamiento del partícipe: sólo lo que se sabe puede ser valorado, nunca (en la imputación ordinaria) lo que no se sabe pero se debiera haber sabido. Lo que se sabe, pues, no cambia la valoración, la preestablece: fija las condiciones personales que deben ser comparadas con la prescripción normativa que en el caso de la participación, exige a una persona que, sabiendo que su comportamiento va a tener como único sentido el integrarse en el injusto al favorecer la realización del autor, no lo realice.

En otras palabras, lo que sabe el abogado no tiene ningún valor (en términos de injusto) por sí mismo, pero para valorar lo que él hace, que es lo que tiene valor (como injusto), no puede sino partirse de lo que él sabe, más especialmente en el régimen peruano que sólo permite la participación dolosa.

#### 4.2. Intervención en el lavado de activos y resolución final de los casos

A mi parecer nada impide aplicar la afirmación anterior, relativa a la responsabilidad como cómplice (o instigador) en cualquier modalidad de delito económico, a la intervención como autor

<sup>136</sup> MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 235 y ss.

en el delito de lavado de activos: lo que el abogado o cualquier otro sujeto sepa, no constituye por sí solo un injusto, pero para saber si lo que él realiza es o no es lavado, es absolutamente imprescindible partir de lo que él sabía y después, probar la realización del hecho injusto con conocimiento. Así se deriva de la regulación del lavado de activos en los arts. 1 y 2 de la Ley que los prescribe. El artículo primero, que incluye los actos de conversión y transferencia, castiga al que "convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa". Por su parte, el artículo 2 castiga con pena privativa de la libertad, no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa, los actos de ocultamiento y tenencia, incluyendo en dicho ámbito a aquél sujeto que "adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso".

A estos dos preceptos hay que sumar el artículo 4 que sanciona con una pena privativa de libertad de tres a seis años, ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, al que "incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias". Este tipo de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas obliga únicamente al que tenga un deber especial de denuncia, pero tampoco exime al que intervenga en las actividades, de la responsabilidad dolosa por la intervención en las mismas, tenga o no tenga deber especial de denuncia. En otras palabras: si un sujeto no realiza una de las conductas de los artículos 1 y 2 de la Ley, sólo responderá por conocer la existencia de operaciones sospechosas y no denunciarla en el caso de que tenga una obligación especial de hacerlo; pero si realiza

tales conductas, responderá al conocer las operaciones en las que interviene, tenga o no tenga obligación de denuncia.

Por último, el artículo 6 de la citada norma, señala, sin que por otra parte fuera necesario hacerlo, que "el origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso". Añade posteriormente que "el conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente Ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código penal"

Con este margen jurídico es evidente que el mero conocimiento de que otro sujeto tiene bienes procedentes de, por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas, no puede reputarse en ningún caso delictivo. Ahora bien, también lo es que ante una tipificación tan amplia, la intervención de cualquier asesor financiero, abogado, intermediario u otros, con conocimiento (imputado) del origen ilícito de los bienes con los que se relaciona, puede llevar a la responsabilidad penal. Así será cuando, a partir de lo conocido, pueda probarse que el sujeto realiza cualquiera de las conductas típicas establecidas en los artículos 1 y 2 de la Ley. En caso contrario, y aunque el sujeto conozca el origen ilícito, no habrá delito alguno que a él mismo se pueda atribuir a título de autor.

Es precisamente esto lo que ocurre en el primero de los casos que sugirió este trabajo y que, a mi parecer, fue correctamente resuelto y bien argumentado por el tribunal. Como éste señaló, si no se imputa como hecho alguna de las conductas típicas de los delitos de lavado, no es posible entonces la incriminación del abogado fuera cual fuera su conocimiento. Aquí, en todo caso, no se trata tanto de que se esté desempeñando un rol dentro del riesgo permitido, como de que haya o no conducta típica aplicable al interviniente como autor. El tribunal reconoce que Duany participó en la entrega de dinero a los accionistas, lo cual

podría integrarse dentro del tipo del artículo primero, concretamente en la conducta de transferir dinero. Pero tiene que ser dinero "cuyo origen ilícito conoce o puede presumir"<sup>137</sup>, y no parece que la fiscalía aportara suficientes indicios para la imputación de tal conocimiento. Por todo ello acierta el tribunal, como también lo hace en cuanto al sobreseimiento de la causa en relación con el otro imputado, Jhonny Jairo Bicerra Ríos. De nuevo el problema es que la fiscalía únicamente aporta como argumentos para el enjuiciamiento el conocimiento de la ilicitud de los bienes. Pero al no existir un especial deber de denuncia en esos casos, y no atribuirse la realización de ninguna de las conductas típicas, no procede el enjuiciamiento de los hechos por posible infracción de los preceptos 4º y 1º respectivamente de la Ley nº 27765. Tan sólo podríamos plantearnos en este caso, y siempre que se pudiera atribuir el conocimiento de Jhonny Jairo Bicerra de que se estaban realizando actividades ilícitas de tráfico de drogas o de lavado, su responsabilidad por medio del artículo 407 del Código penal de Perú, que castiga al que "omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo", y lo hace con pena privativa de libertad no mayor de dos años a menos que, como en este caso, el hecho punible tuviera señalado pena privativa de libertad superior a cinco años, en cuyo caso la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. La cuestión, sin embargo, es que esto tampoco era imputado por el fiscal, por lo que la resolución fue, en todos sus aspectos esenciales, correcta. Falló, a mi parecer, la argumentación de la fiscalía que debiera haber argumentado, centrándose en el conocimiento que debía tener el abogado de las actividades en las que estaba interviniendo, en un caso, así como definir de forma precisa la conducta típica llevada a cabo por el otro imputado, además de apoyarse alternativamente en el delito del art. 407 del Código penal. Una calificación no acertada por no

<sup>137</sup> Sería interesante valorar el alcance y significación de esa cláusula de "puede presumir", y si la misma se podría relacionar con lo que se ha venido en llamar ignorancia deliberada. Aunque no sea posible aquí una argumentación más profunda al respecto creo que en ese sentido podría interpretarse esta fórmula.

estar bien basada en cuestiones dogmáticas esenciales, dio lugar a un sobreseimiento.

Algo similar sucedió con la resolución del Tribunal Supremo español. En este caso la realización de la conducta está totalmente probada, dado que el sujeto pone su nombre en una compra pero no pone el dinero. La cuestión aquí estriba en la falta de prueba del conocimiento: de nuevo a la fiscalía parece bastarle con la mera afirmación de que el sujeto debía conocer que el dinero provenía del tráfico de drogas, apoyándose en el argumento de que tenían antecedentes penales, cuando, en realidad, dichos antecedentes no existían en el momento de los hechos. Evidentemente ante esto el tribunal no tiene más opción que castigar, a mi parecer acertadamente, por el blanqueo imprudente, tipo penal que permite sancionar conductas en las que no se puede probar el conocimiento pero sí el que al sujeto le incumbía hacer más de lo que hizo, y que desde una perspectiva político criminal podría plantearse su tipificación en Perú.



**EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN  
TRIBUTARIA Y LAS GANANCIAS  
ILÍCITAS. UNA EXPLICACIÓN POLÍTICO  
CRIMINAL A UNA CUESTIONABLE  
PRAXIS JURISPRUDENCIAL\***

Luis Miguel Reyna Alfaro\*\*

**I. Planteamiento del problema.**

A través de esta intervención quisiera proponerles la respuesta a una problemática que día a día adquiere, al menos en el Perú, mayor notoriedad y que formulo a través de las siguientes interrogantes: ¿Existe obligación tributaria en relación a la ganancia ilícita producto de la realización de delitos?; ¿Comete delito de defraudación tributaria aquél que no declara el patrimonio ilícitamente obtenido? o, en términos más simples ¿Tiene el ladrón la obligación de declarar y tributar lo robado?

De modo inicial e intuitivo creo que todos coincidiremos en que *el delito* y la *ganancia* proveniente del mismo no puede generar renta que deba ser declarada a la administración tributaria ni que se pueda extraer de la omisión de tal declaración consecuencias punitivas, entendiéndose a título de defraudación tributaria. Este punto de vista, sin embargo, no tiene aceptación pacífica, ni en doctrina ni en jurisprudencia, que han llevado a afirmar e incluso procesar penalmente a quienes, tras revelarse judicialmente que ostenta fortunas provenientes del delito, se determine que no cumplieron con tributar sobre dicha ganancia.

En efecto, cierta doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia tributaria considera que el

\* Este trabajo contiene, en esencia, las reflexiones vertidas en el *I Congreso Nacional de Tributación* llevado a cabo del 24 al 26 de mayo de 2007 en el Auditorio del Colegio de Abogados de La Libertad, en la ciudad de Trujillo, Perú; y complementadas en el *III Congreso Latinoamericano de Derecho penal*, organizado por la Universidad de Cuenca- Azogues, el 31 de octubre de 2008, en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, lo que justifica las referencias legales propias de dicho país.

\*\* Profesor de Derecho Penal Económico de la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Director Académico del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

patrimonio obtenido como consecuencia de la comisión de un delito es parte de la renta gravable y, por lo tanto, no declararlo a la administración tributaria puede generar repercusiones tributarias e incluso jurídico penales. Según este sector, dicho en términos coloquiales, *el ladrón que no declara lo robado, además de ser responsable por el robo, sería responsable del delito de defraudación tributaria*, descrito en el artículo 1° de la Ley penal tributaria del Perú (y contenido en similares términos en el artículo 342° del Código Tributario ecuatoriano).

Determinar si esto es correcto exige reconocer preliminarmente las líneas de argumentación planteadas por aquellos que consideran posible incorporar la ganancia delictiva como posible renta gravable, para analizar su capacidad de rendimiento y proponer, de ser el caso, las refutaciones que correspondan y plantear una propuesta de solución.

**II. El patrimonio criminal como renta gravable**

**1. La tesis de no exclusión del impuesto**

Una primera argumentación a favor de incorporar el patrimonio criminal como renta gravable se sustenta en el denominado *principio de no exclusión del impuesto* que plantea, más o menos, lo siguiente: Si en la ley no existe declaración expresa de que la actividad criminal no es gravable se entiende entonces que sí lo es; o, en otros términos, lo que la ley no excluye de la tributación, se incluye. Se trata de una forma específica de aplicación de la máxima jurídica elemental: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2.24, literal a, de la Constitución política del Perú).

Esta es, justamente, la línea seguida por nuestro Tribunal Fiscal en el caso de la Familia del ex Comandante General del Ejército peruano Nicolás Hermoza Ríos<sup>1</sup>, en donde se considera

<sup>1</sup> Como consecuencia de las investigaciones realizadas tras la aparición del video Kouri-Montesinos, se descubrió que el ex Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza Ríos había colocado en el sistema financiero suizo aproximadamente veintinueve millones de dólares

como hecho imponible la actividad delictiva por él realizada (Exp. N° 850-4-2006). La opción a favor de considerar el comportamiento criminal como hecho imponible adoptada por el Tribunal Fiscal en la resolución del 16 de febrero de 2006 tiene como sustento normativo la interpretación literal del contenido del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta.

El artículo 52° de la Ley del Impuesto a la renta señala textualmente: “Se presume de pleno derecho que los incrementos patrimoniales cuyo origen no pueda ser justificado por el contribuyente o responsable constituyen renta neta no declarada por estos [...] los incrementos patrimoniales a que hace referencia este artículo, no podrán ser justificados con donaciones que no conste en escritura pública o de otro documento fehaciente; tampoco podrán justificarse con utilidades derivadas de actividades ilícitas”.

El Tribunal Fiscal entiende, a partir de una interpretación plenamente literal, que si la Ley del impuesto a la renta no excluye del concepto de renta gravable la ganancia producto del delito, esta se encontraría incluida y, por ello, la no declaración de la ganancia delictiva podría dar lugar a responsabilidad administrativa y penal.

Esta forma de interpretar la norma tributaria ha sido recientemente consolidada por el Tribunal Constitucional peruano al resolver una acción de amparo constitucional interpuesta precisamente

americanos diseminados en diversas cuentas a nombre de su esposa e hijos. Informadas las autoridades peruanas, se inició contra Hermoza Ríos y su familia una investigación preliminar fiscal en la que el Ex Comandante General del Ejército Nicolás Hermoza Ríos confesó haber cometido los delitos de peculado y cohecho pasivo propio. Abierto un proceso penal contra Hermoza Ríos y su familia en el subsistema de justicia penal anticorrupción, el Juez ha cargo de la causa comunica a la SUNAT y aquella inicia un procedimiento de fiscalización tributaria a cargo de la Intendencia Regional Lima de la SUNAT que emitió diversas resoluciones de determinación de impuesto y de multa, motivando la interposición de reclamo por parte de los afectados, recurso que fue declarado infundado. Interpuesta la apelación ante el Tribunal Fiscal, este resolvió confirmando la resolución impugnada. Paralelamente, la SUNAT interpuso denuncia por defraudación tributaria contra los integrantes de la Familia Hermoza- Quiroz.

por el mencionado Hermoza Ríos. En sentencia del 09 de enero de 2008 (Exp. N° 04985-2007-PA/TC, Lima) señala que conforme a dicho dispositivo “lo relevante es que la administración tributaria determine si el administrado ha tenido un incremento patrimonial injustificado y, de ser así, que aquél no pretenda justificar dicho incremento sobre la base de actividades económicas ilícitas. Por ejemplo, una persona no podría justificar su incremento patrimonial con utilidades provenientes del tráfico ilícito de drogas” (fundamento jurídico décimo). Se agrega: “Es paradójico que, en el fondo, lo que hacen los demandantes es querer justificar su incremento patrimonial en un momento dado con actividades que en el proceso penal respectivo han sido consideradas como ilícitas, producto de la comisión de los delitos de peculado y del cohecho pasivo propio; lo cual está expresamente prohibido, como se ha visto, por el artículo 52° de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando señala que el incremento patrimonial no puede ser justificado con utilidades provenientes de actividades ilícitas” (fundamento jurídico undécimo).

Lo realmente importante para el Tribunal Constitucional es la existencia de una disposición legal que señala expresamente que las actividades ilícitas no pueden justificar la renta no declarada a la administración, lo cual supone reconocer implícitamente que quien comete un delito está obligado a declarar a la administración tributaria la renta que proviene de aquél y a tributar sobre la misma.

Esta posición podría tener sustento en el caso ecuatoriano dado que ni el Código Tributario ni la Ley de Régimen Tributario interno del Ecuador emiten consideración alguna al respecto. Ninguna de dichas normas declara expresamente que el ilícito penal no genera obligación tributaria respecto a las ganancias que de aquél deriven con lo cual, conforme a la tesis de no exclusión del impuesto, podría admitirse la tributación sobre el patrimonio proveniente del delito.

Sin embargo, como acertadamente sostiene Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE<sup>2</sup>,

<sup>2</sup> RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal*, en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos*

este planteamiento tiene una escasa capacidad de rendimiento pues más que identificar una posible solución al problema en cuestión tan solo identifica el núcleo de la problemática: La solución frente a la ausencia de declaración legal de exclusión del impuesto de la actividad criminal. En efecto, las normas tributarias han hecho mutis respecto al problema de las ganancias ilícitas provenientes del delito y esto es justamente lo que ha generado el problema bajo análisis, por esa razón recurrir al contenido de las normas tributarias para la solución de éste problema sería mera tautología.

## 2. La tesis de la igualdad

Se ha propuesto también, con mayor imaginación pero igual ineficacia, que esta problemática puede resolverse recurriendo al principio de igualdad como criterio fundamentador de la tributación de la actividad criminal.

Al respecto, en una de las Sentencias más frecuentemente mencionadas (del 21 de diciembre de 1999, caso “Nécora”), el Tribunal Supremo español [Ponente Conde-Pumpido Touron] sostuvo: “El principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respeta, careciendo de todo sentido que, mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva”. Lo que se postula a través de ésta propuesta es que las normas constitucionales que fijan la obligación ciudadana de contribuir al sostenimiento público a través de los tributos no se dirige únicamente a los ciudadanos honestos, su ámbito aplicativo es general e incluye a los ciudadanos que cometen delitos.

Sin embargo, un planteamiento como el antes reseñado implica una comprensión incorrecta del contenido del principio de igualdad. El principio de igualdad plantea la obligación de una respuesta igual ante situaciones iguales. Esa igualdad de situaciones es justamente la que no existe entre la

*penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico- empresarial*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 219.

ganancia obtenida lícitamente y la obtenida ilícitamente<sup>3</sup>, lo que provoca que resulte una postura inadmisibles.

## 3. La tesis de la prevención general

La opción por considerar el patrimonio criminal como renta gravable y como consecuencia de ello considerarla objeto del delito de defraudación tributaria ha sido postulada también desde la perspectiva jurídico- penal recurriendo a argumentos relacionados a la idea de *prevención general* y a los efectos de intimidación que la punición a título de defraudación tributaria puede generar.

Esta propuesta surge en España debido a la proliferación de actos de corrupción como causa generadora de la ganancia ilícita y respecto de los cuales se observaba un tratamiento excesivamente venial por parte de la legislación penal, lo cual afectaba los propósitos de prevención intimidatoria de la sanción penal. En efecto, la insuficiencia preventiva general de las consecuencias jurídicas previstas para los delitos de corrupción, la ausencia de una respuesta punitiva de cierta intensidad para estos supuestos provocaba la necesidad de recurrir a la defraudación tributaria como medio para lograr la punición más intensa que aquél tipo penal preveía<sup>4</sup>.

Un planteamiento de este tipo, claramente instrumental, carece en la actualidad de toda utilidad. Los marcos penales que prevén actualmente los Estatutos punitivos en relación a la corrupción administrativa son bastante amplios e intensos, de modo tal que las necesidades de prevención general que sustentaban el uso instrumental de la defraudación tributaria han desaparecido.

## III. El patrimonio criminal como renta no gravable

Quisiera iniciar esta parte del trabajo identificando lo que será, a partir de este momento, la línea discursiva del mismo: En un

<sup>3</sup> RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 222.

<sup>4</sup> RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 211.

*Estado de Derecho* la realización de un delito no puede considerarse un hecho imponible ni mucho menos puede suponer la realización del delito de defraudación tributaria.

Los argumentos a favor de la tesis que aquí defenderé se ubican en dos planos (Derecho penal material y Derecho procesal penal) que terminan reconducidos, por razones exclusivamente metodológicas, al nivel del Derecho penal material.

Ahora bien, es necesario identificar los niveles en que puede ser respondida, desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo y la teoría jurídica del delito, la pregunta antes formulada. Como debe recordarse la calificación de una conducta como delito supone la verificación de la concurrencia de las categorías que conforman la teoría jurídica del delito: Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La posible solución a ésta problemática se ubica tanto en las categorías destinadas al análisis y valoración del hecho, es decir, aquellas que buscan determinar la concurrencia de un *injusto penal* (tipicidad y antijuricidad); como en aquellas que analizan y valoran al autor del ilícito (culpabilidad).

## 1. Solución a nivel de tipicidad

### a) Cuestiones previas

A través de la tipicidad se analiza si, en efecto, el comportamiento atribuido realiza el tipo penal de un delito. En ese contexto, habría que analizar en este momento si aquél que no declara su patrimonio criminal y no tributa sobre el mismo realiza el tipo penal –objetivo y subjetivo– de defraudación tributaria.

El delito de defraudación tributaria, conforme al artículo 1° de la Ley penal tributaria (Dec. Leg. N° 813) define como la acción típica de la defraudación tributaria: “[...] deja[r] de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes [...]”.

En línea similar se ubica la descripción de la defraudación fiscal del artículo 342° del Código Tributario ecuatoriano que señala que aquella consiste en: “todo acto de

simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero”<sup>5</sup>.

El delito de defraudación tributaria, en el caso peruano, ha sido construido como una *ley penal en blanco*<sup>6</sup>, en la medida que el ámbito de la prohibición jurídico-penal no se encuentra totalmente contenido en la ley penal, sino que requiere del complemento de una ley extrapenal, en este caso, la legislación tributaria que determina, finalmente, cuáles son los tributos que el ciudadano está obligado a pagar.

El caso ecuatoriano se produce una situación similar pues aunque el legislador ha decidido regular los delitos tributarios en el interior de su Código Tributario, existe una remisión externa dado que resulta necesario recurrir al complemento que proporcionan otras leyes de carácter tributario, como la Ley de Régimen Tributario interno, para reconocer la prohibición penal en su integridad.

Ahora, la configuración de este tipo penal como una ley penal en blanco, no supone una dependencia absoluta de contenidos del Derecho penal a favor del Derecho tributario<sup>7</sup>. Es cierto que el legislador, en este ámbito, ha instrumentalizado una política criminal al servicio

<sup>5</sup> Sobre el mismo, ZAVALA EGAS, Jorge. *Delito Tributario*. Lima, Kimkos impresores, 2008, *passim*; ÍDEM. “El delito de defraudación tributaria”, en: Revista Jurídica, N° 24, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias sociales y políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2008, p. 333.

<sup>6</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 618.

<sup>7</sup> Así: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 91; BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Madrid, Ceura, 2002, p. 120.

de la política tributaria<sup>8</sup>; así se entiende, por ejemplo, la –hasta hace poco existente– dependencia a la intervención de la administración tributaria para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público o los exagerados marcos penales establecidos por la ley penal tributaria; sin embargo, es necesario proponer criterios dogmáticos que limiten y sirvan –como proponía Von LISZT– de *barrera infranqueable de la política criminal* tributaria. Sobre esto retornaré más adelante.

### b) Propuesta de interpretación racional del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta

Desde esa perspectiva, cualquier interpretación de los ámbitos penalmente relevantes relacionados a la tributación debe tener como guía los postulados constitucionales contenidos en el Capítulo IV del Título III de nuestra Carta Fundamental, destinado al régimen tributario y presupuestal. El artículo 74° constitucional precisa: “[...] El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona [...]”.

En este orden de ideas es necesario dar una lectura distinta –de corte estrictamente constitucional– al artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta que sirve de base normativa a quienes postulan una tesis distinta a la aquí defendida. El artículo 52°, en una suerte de presunción *iure et iure*, impide justificar el incremento patrimonial con “utilidades derivadas de actividades ilícitas”. Pues bien, debe recordarse que si bien todas las ganancias provenientes del delito son ilícitas no todas las ganancias ilícitas provienen del delito, recordándose que la noción de ilícito trasciende al ordenamiento jurídico penal –hay ilícitos civiles, ilícitos administrativos, etc.–<sup>9</sup>, en ese orden de ideas, creo perfectamente compatible con el sentido literal del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta la exclusión de las ganancias

<sup>8</sup> SÁNCHEZ- OSTIZ, Pablo. Consideraciones sobre la evolución de la política criminal frente al fraude fiscal, en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Directora). *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002, p. 251.

<sup>9</sup> RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 237.

ilícitas de origen delictivo, por un lado, porque el patrimonio criminal es divergente del sentido económico de la tributación y, en segundo lugar, porque de ese modo se evita que derechos fundamentales de la persona se vean afectados.

En efecto, el sentido económico de la tributación se relaciona al incremento del patrimonio del obligado tributario basado en un título jurídico y no en la mera posesión. Los tributos se imponen al ciudadano porqué su capacidad contributiva, basada en su patrimonio sustentado jurídicamente, así lo determina. La realización de hechos delictivos que generan ganancias de carácter patrimonial no se incorporan verdaderamente al patrimonio del delincuente, por ausencia de título jurídico y, por ello, no constituyen renta<sup>10</sup>.

En línea similar puede reconocerse el planteamiento del Tribunal Internacional de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 07 de julio de 1988 (Caso *Moll*). Este caso, en el cual la administración tributaria holandesa pretendía imponer obligaciones tributarias a un acto de comercialización ilegal de anfetaminas, el mencionado Tribunal sostuvo: “No nace ninguna deuda tributaria por el impuesto sobre el volumen de negocios en la medida en que esos productos no forman parte del circuito económico estrictamente vigilado por las autoridades competentes con vistas a ser utilizados con fines medicinales y científicos”<sup>11</sup>.

Este planteamiento interpretativo tiene, como veremos más adelante, muy importantes consecuencias prácticas.

Respecto a los efectos de ésta propuesta interpretativa a favor de los derechos fundamentales del ciudadano ahondaremos más adelante cuando se aborden las cuestiones relacionadas a la antijuricidad.

<sup>10</sup> BRAVO CUCCI, Jorge. *Incremento patrimonial no justificado y los fondos de origen ilícito: ¿Presunción o ficción?*, disponible en: <http://www.idtl.com.br/artigos/182.pdf>.

<sup>11</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *El delito de defraudación tributaria*, en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). *Temas de Derecho penal tributario*. Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 92.

**c) Efectos jurídico penales de la tesis interpretativa planteada: La atipicidad objetiva del comportamiento**

La acción típica de la defraudación tributaria implica la elusión de los tributos señalados por la ley, lo cual implica que la existencia de una obligación tributaria por parte del autor es condición indispensable para la verificación del tipo penal objetivo del delito. Si no existe tributo que pagar al Estado no puede existir elusión tributaria.

Se observa así que la propuesta de interpretación racional del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta incide directamente en el comportamiento típico pues, conforme se plantea, la exclusión de la ganancia derivada de la actividad delictiva significa la ausencia de tributo a eludir mediante el acto de defraudación y, con ello, la ausencia de la acción típica propia del delito de defraudación tributaria.

**d) La solución a la cuestión mediante el tipo subjetivo del delito: El error sobre la existencia del tributo**

Pero los argumentos a favor de la tesis aquí postulada se hayan no solo en el ámbito de la tipicidad objetiva en tanto que, desde la perspectiva de la tipicidad subjetiva, la teoría del error de tipo permite obtener resultados igualmente satisfactorios.

Como se recuerda, el artículo 14° del Código penal reconoce trascendencia al error sobre los elementos del tipo penal, eliminando, en caso de ser un error vencible sobre los elementos del tipo, el dolo, y en caso de ser un error invencible, toda la imputación subjetiva (dolo y culpa). Pues bien, el dolo del delito de defraudación tributaria exige el conocimiento, siquiera eventual, de la realización de los elementos del tipo objetivo del mismo, el cual tiene como uno de sus contenidos primordiales la existencia de un tributo. Esto significa que quien se equivoca o yerra sobre la existencia del tributo no actúa dolosamente<sup>12</sup>,

<sup>12</sup> MAIWALD, Manfred. *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario*, traducción de Marcelo Sancinetti, Ad Hoc. Buenos Aires, 1997, p. 19.

conforme a las cláusulas contenidas en el artículo 14° del Código penal peruano.

La verificación de un estado de error sobre los elementos del tipo penal tiene en este caso consecuencias idénticas: La ausencia de tipicidad del hecho. Esto es así, se trate de un error de tipo vencible o un error de tipo invencible pues la posibilidad de sancionar el hecho a título de culpa, en caso de error de tipo vencible, queda neutralizada por la ausencia de un tipo penal tributario que reprima la defraudación tributaria culposa.

**e) Contrasentidos subyacentes a la criminalización de la omisión de declaración de la ganancia delictiva**

A nivel de tipicidad se puede adicionar como argumentos a favor de la tesis defendida, las profundas contradicciones que puede generar la criminalización de la elusión tributaria respecto a la ganancia delictiva.

Una de estas contradicciones viene conformada por los efectos que la calificación del patrimonio criminal como renta gravable tendría a nivel de la posible responsabilidad de los funcionarios estatales a título de receptación. En efecto, si se impone a los ciudadanos la obligación de declarar y tributar sobre los ilícitos penales en que aquellos incurran, estos tendrían que realizar pagos a favor de la administración tributaria que sus funcionarios tendrían por imposición legal que recibir, lo que llevaría a estos a realizar la acción típica del delito de receptación.

Una segunda contradicción del planteamiento aquí rechazado tiene que ver con los efectos que la consideración de la ganancia proveniente del delito como parte integrante del patrimonio que integra la renta gravable de la persona tiene sobre la idea de unidad del ordenamiento jurídico. Si, por un lado, el ordenamiento jurídico tributario califica a la ganancia proveniente del delito como parte del patrimonio de la persona y, por ello, le impone cargas tributarias, no puede luego sostener que esa ganancia en realidad debe ser extraída del dominio de su titular por provenir del delito. La regla lógica del tercero excluido resulta perfectamente aplicable a este caso: Bien la ganancia proveniente del delito forma parte del

patrimonio de su autor o bien no lo integra. Esta situación, claramente controversial, es puesta en manifiesto por BRAVO CUCCI con estas palabras: “sostener que a través de un acto ilícito un sujeto puede incrementar su patrimonio, significa reconocer que el delito es un acto lícito y permitido por el ordenamiento jurídico, y que las normas tributarias prevén que el producto de un ilícito es una riqueza que fluye al patrimonio del delincuente, lo que es un evidente contrasentido”<sup>13</sup>.

**2. Solución a nivel de antijuricidad**

La antijuricidad es una categoría del delito que pretende lograr una valoración jurídica global del comportamiento típico. A través de la antijuricidad, y en busca de mantener la unidad del ordenamiento jurídico, se analiza si el comportamiento reprochado por el Derecho penal –y justamente por eso típico e inicialmente antijurídico [la tipicidad es indicio de antijuricidad]- es permitido por otra rama del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la acción de “matar a otro” en prohibida por el Derecho penal, sin embargo, cuando esa acción típica es realizada en acto de *legítima defensa* pierde el carácter antijurídico. Estas causas de permisión del comportamiento, que eliminan el carácter antijurídico del mismo, son conocidas como *causas de justificación*.

Dentro del catálogo de las causas de justificación reconocidas por nuestro Código penal, destaca el *ejercicio regular de un derecho*. Es allí donde creemos se encuentran las soluciones más limpias a nuestra propuesta y es allí también donde se entremezclan los criterios de Derecho penal y Derecho procesal penal.

**2.1. El ejercicio regular del derecho a no autoincriminarse como causa de justificación**

El derecho de defensa es seguramente una de las garantías más caras del ciudadano en el proceso penal. Se trata de una garantía que tiene diversas manifestaciones, dentro de ellas tiene un rol fundamental el *derecho a la no autoincriminación*.

<sup>13</sup> BRAVO CUCCI, Jorge. *Op. Cit.*

La prohibición de autoincriminación, consecuencia del derecho a proponer una propia versión de los hechos objeto de imputación, supone, entre otras cosas, el derecho del imputado a guardar silencio o, incluso, el derecho a mentir, sin que de ello puedan extraerse consecuencias negativas contra el imputado. Pues bien, cabe formular la siguiente interrogante: Si el autor de un hecho punible corre el riesgo de ser sancionado penalmente por haber omitido declarar la ganancia generada por el hecho ilícito ¿No se está obligando al imputado a autoincriminarse? La respuesta es más que evidente: *Sí*.

Y aquí no entra en cuestionamiento el efectivo deber ciudadano de contribuir en el sostenimiento de las cargas pública proporcionando información con relevancia fiscal y tributando en los casos legalmente previstos<sup>14</sup>, sino si aquél debe anteponerse al derecho a no declarar ni a autoincriminarse. El necesario juicio de ponderación de los intereses en conflicto debe resolverse irreversiblemente a favor del derecho a la presunción de inocencia<sup>15</sup>.

**2.1.1.) El ejercicio regular del derecho a no ser juzgado ni sentenciados dos veces por el mismo hecho (la garantía del non bis in idem)**

En cuanto a los argumentos vinculados al non bis in idem estos pueden ser observados desde una doble perspectiva: El *ne bis in idem* en relación al hecho delictivo; y, el *ne bis in idem* en relación a la consecuencia accesoria de comiso de ganancias.

**a) Vulneración al non bis in idem en relación al hecho delictivo**

La problemática en discusión supone la existencia de un hecho delictivo previo, lo cual supone que

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Deberes tributarios de colaboración y derecho a no autoinculparse: La postura del Tribunal Constitucional*, en: *Togas.biz*, disponible en: [www.togas.biz](http://www.togas.biz).

<sup>15</sup> De ésta opinión, ADRIASOLA, Gabriel. *El delito de lavado de activos en Uruguay. Antecedentes, regulación actual y futura*, disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/Lavado.%20Adriasola.pdf>, p. 13.

aquél ha sido objeto de una condena judicial o, al menos, es objeto de un proceso penal. De allí la relación de la cuestión en discusión con la garantía del *ne bis in idem* en tanto aquella supone, en su núcleo esencial, la prohibición de juzgamiento y de condena múltiple<sup>16</sup>.

En este contexto, corresponde analizar si concurren los elementos propios del *ne bis in idem*: Identidad de persona, identidad de hecho e identidad de fundamento político criminal. Respecto a los dos primeros no existen mayores debates ni hesitaciones. Distinta situación se observa respecto a la identidad de fundamento.

El Tribunal Constitucional peruano ha referido sobre este punto que el fundamento de la persecución penal o administrativa (o mixta) se ubica en el bien jurídico. Esta doctrina jurisprudencial ha sido objeto de severa crítica por algunos autores al considerarse inexacta la apreciación de que el derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos<sup>17</sup>, proponiendo más bien construir la cuestión del fundamento a partir del *contenido de injusto*.

Sin ánimo de introducirme en la discusión y aunque resulte dogmáticamente incorrecto sostener que el Derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos pues, como ha puesto ya en manifiesto Mir Puig, existen *bienes jurídicos* en todo el ordenamiento jurídico<sup>18</sup>, creo que no existe una divergencia sustancial entre la propuesta de interpretación del Tribunal Constitucional peruano y la formulada por la doctrina en mención pues es evidente que el contenido de injusto de un comportamiento no puede desligarse del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico-penal pues justamente éste último determina el desvalor del resultado propio del comportamiento<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado*. Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 257.

<sup>17</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en: Reyna Alfaro, Luis/ Arocena, Gustavo/ Cienfuegos, David (Coords.). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Lima, Jurista, 2007, p. 98-99.

<sup>18</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, Séptima edición, BdeF, 2005, p. 129.

<sup>19</sup> MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 166.

En lo que aquí concierne, el fundamento político criminal de la represión del fraude tributario parece difícilmente compatible con aquellos delitos antecedentes que implican el enriquecimiento del autor que incrementan *ficticiamente* el patrimonio de aquél. En el caso “Herzoza- Quiroz” esto resulta mas que evidente: El bien jurídico protegido penalmente mediante los delitos de peculado y cohecho pasivo propio –esto es, la funcionalidad adecuada de la administración pública- son claramente divergentes del bien jurídico protegido a través del delito de defraudación tributaria –sistema de ingresos y egresos del Estado o el patrimonio del mismo, según la concepción que se adopte<sup>20</sup>. El argumento de la vulneración al *ne bis in idem* en relación al hecho delictivo no resulta adecuado de cara a la solución que aquí se propugna.

Sin embargo, la solución de la vulneración a la garantía del *ne bis in idem* fue utilizada por la Sala Penal Nacional en la sentencia del 06 de diciembre de 2007 al resolver el caso de la Familia “Herzoza- Quiroz”.

#### **b) Vulneración al *non bis in idem* en relación a la consecuencia accesoria de comiso de ganancias**

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador recurren a medidas de similar naturaleza frente a la ganancia proveniente del delito, lo que plantea un cuestionamiento de vulneración del *non bis in idem* dado que la ganancia indebida generada por el actuar delictivo tiene ya una respuesta en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, conformada por el comiso de ganancias, por lo que la pretensión de gravar la actividad criminal y castigar su no declaración como defraudación tributaria significaría establecer una nueva sanción que afectaría la prohibición de ser procesado o sentenciado dos veces por un mismo hecho.

No puede negarse que entre ambas figuras –la consecuencia accesoria de comiso y la sanción administrativa tributaria de comiso- existe identidad estructural pues ambas implican el desapoderamiento patrimonial del sancionado; sin embargo, un examen a este nivel resulta

<sup>20</sup> En esa línea, la STC del 09 de enero de 2008 (Exp. N° 04985-2007-PA/TC, Lima).

claramente insuficiente, siendo necesario identificar la naturaleza jurídica de estas medidas.

Respecto al comiso de ganancias y de objetos, hay que recordar que nuestro sistema de reacción frente al delito reconoce las denominadas *consecuencias accesorias del delito*, entre las cuáles se encuentra el comiso de ganancias y objetos (artículo 102° del Código penal), comiso de ganancias correspondientes a personas jurídicas (artículo 104° del Código penal) y las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (artículo 105° del Código penal).

De las medidas de comiso previstas en el Código penal peruano, la que recae sobre las ganancias o beneficios obtenidos por las personas jurídicas, conforme a la regulación propuesta por el artículo 104° del Código penal, se trata de una medida de contención destinada a garantizar el pago de la reparación civil<sup>21</sup>, por lo que carecería de identidad con la sanción administrativa de comiso. Distinto es el caso del comiso previsto en el artículo 102° del Código penal peruano pues tiene fundamento preventivo basado en la peligrosidad objetiva que revisten los efectos del delito en la medida que pueden ser nuevamente utilizados con propósitos criminales<sup>22</sup>.

A nivel del derecho tributario, el comiso constituye una de las sanciones previstas para la ilicitud tributaria cuyo contenido resulta idéntico al reconocido por el artículo 104° del Código penal: Privación definitiva de la propiedad de los bienes<sup>23</sup>. Esta sanción, en tanto sanción de naturaleza administrativa posee, al igual que las sanciones penales, naturaleza punitiva<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*, p. 204; CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico- económicas del delito*. Lima, Idemsa, 2001, p. 242; GALVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. *Consecuencias accesorias de delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Lima, Jurista, 2009, p. 117.

<sup>22</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 198.

<sup>23</sup> SANABRIA ORTIZ, Rubén. *Derecho tributario e ilícitos tributarios*. Lima, cuarta edición, Gráfica Horizonte, 1999, p. 418.

<sup>24</sup> ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. *Las ganancias patrimoniales no justificadas y la lucha*

A mi entender la ganancia ilícita proveniente del delito<sup>25</sup> no puede ser considerada como patrimonio respecto del cual exista obligación tributaria en la medida que el comiso o la punición del hecho generador de la misma provoca la desaparición del interés estatal de penar la defraudación tributaria<sup>26</sup>. Son, como se observa, cuestiones relacionadas a la *necesidad de pena* las que impiden la imposición de una sanción adicional a título de defraudación tributaria a aquél que en un proceso antecedente ha sufrido el comiso de las ganancias ilícitas.

En ese contexto, hay que recordar con Silvina BACIGALUPO<sup>27</sup> que ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la medida de comiso de ganancias, además de poseer un contenido reparador y preventivo, tiene carácter punitivo; así las cosas, la imposición adicional de sanciones penales tributarias supondría una clara vulneración a la garantía del *non bis in idem*. En efecto, en la sentencia del 21 de febrero de 1984 (caso *Ozturk*) el Tribunal Europeo de derechos Humanos ha reconocido la ausencia de diferencias sustanciales entre las infracciones y sanciones penales y las de carácter tributario<sup>28</sup>.

La exclusión del ámbito de lo penalmente relevante de la no declaración fiscal de las ganancias ilícitas exige que se haya determinado a través de resolución judicial firme que el patrimonio tiene, en efecto, esa condición (ganancia ilícita). Si esto no ocurre quedan, desde

*contra el fraude fiscal*, en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). *Temas de Derecho penal tributario*. Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 33.

<sup>25</sup> No resulta posible sostener la distinción propuesta por Paredes Castañeda respecto al tratamiento de las ganancias ilícitas que se mantienen en el ámbito de la ilicitud y las ganancias ilícitas que son posteriormente introducidas al tráfico jurídico en la medida que la legitimación del patrimonio es sólo aparente: Si es el blanqueo del capital el que permite reintroducir el patrimonio ilícito al tráfico jurídico ¿No se plantea la misma interrogante?; véase, al respecto; PAREDES CASTAÑEDA, Enzo. *Los delitos tributarios en el Perú*. Lima, Cultural Cuzco, 2007, pp. 60-61.

<sup>26</sup> BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, p. 118.

<sup>27</sup> BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, p. 111.

<sup>28</sup> ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. *Op. Cit.*, p. 33.

luego, abiertas las posibilidades de recurrir a los tipos penales tributarios<sup>29</sup>.

### 3. Solución a nivel de culpabilidad

La tercera categoría del delito, la culpabilidad, propone también instrumentos capaces de proporcionar una respuesta negativa a la pretensión de gravar el patrimonio criminal.

La culpabilidad supone una suerte de reproche realizado por el ordenamiento jurídico- penal sobre el autor de un injusto penal (comportamiento típico y antijurídico). Dicho juicio de reproche funciona sobre el autor en la medida que, a pesar de tener la posibilidad de actuar conforme a la juridicidad, se enfrenta a aquella, la contradice. En este orden de ideas, la constatación de la culpabilidad del autor exige la verificación de la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta.

El conocimiento de la antijuricidad es uno de los contenidos indispensables en la constatación de la culpabilidad. No es posible reprochar al ciudadano la realización de un comportamiento antijurídico si aquél desconocía que el mismo tenía tal condición. A ese nivel aparece el *error de prohibición*, regulado por el artículo 14º, último párrafo, del Código penal, como circunstancia que elimina el conocimiento de la antijuricidad y con ello la culpabilidad.

El *error de prohibición* supone que el autor de un hecho típico y antijurídico desconoce, debido a un error de percepción o de valoración, que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico. Esta problemática, trasladada al caso concreto implicaría que el autor debe conocer que, en efecto, está obligado a declarar a la administración tributaria la ganancia producto de los delitos cometidos.

Desde un criterio de racionalidad elemental, es evidente que la percepción del ciudadano le lleva

<sup>29</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia*, p. 92; similar: BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, pp. 115-116; quien exige que el carácter ilícito de la ganancia quede “probado”.

a creer que no tiene obligación de declarar o, incluso en tal supuesto, a creer que la no declaración de la ganancia ilícita se encuentra amparada por la justificación que propone el *ejercicio legítimo del derecho de no autoincriminarse*, todo lo cual supone finalmente la existencia de un error que incide sobre el conocimiento de la antijuricidad y elimina la culpabilidad del comportamiento, evitando que el comportamiento resulte sancionado con una pena.

A este nivel, conforme ha podido demostrarse, se pueden también solucionar satisfactoriamente los problemas planteados inicialmente.

### IV. Conclusión

Pese a la relevancia práctica del caso, verificada con la profusa jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Fiscal, consolidada por el Tribunal Constitucional, la cuestión específica de si existe el deber de tributar respecto a las ganancias provenientes del delito no ha merecido, con alguna importante excepción<sup>30</sup>, mayor atención de nuestra doctrina, dándose por sentada la cuestionable línea jurisprudencial del Tribunal Fiscal y del Tribunal Constitucional.

Frente a ésta situación surge la interrogante del porqué siendo tan clara la solución a la problemática planteada ni la doctrina especializada haya advertido la grotesca situación ni la jurisprudencia haya propuesto soluciones alternativas que enmienden el despropósito que supone reprimir penalmente la no declaración de la ganancia ilícita a la administración tributaria.

En mi opinión, existen dos posibles explicaciones a este fenómeno. Una primera explicación al escaso y poco afortunado tratamiento de este problema tiene que ver con la *juventud del derecho penal tributario*<sup>31</sup> que constituiría una disciplina aún en desarrollo y, por tanto, proclive a formular planteamientos incorrectos. Una segunda explicación se hallaría en la identificación de los sujetos de persecución penal tributaria y su condición de auténticos *enemigos*.

<sup>30</sup> Especialmente, BRAVO CUCCI, Jorge. *Op. Cit.*

<sup>31</sup> En este sentido, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 210.

Aunque el nivel de desarrollo del Derecho penal tributario es aún incipiente, encontrar la explicación a la tendencia jurisprudencial antes acotada en dicha circunstancia sería pecar de ingenuidad, dada la selectividad con la cual ha actuado, por un lado, la administración tributaria, y, por otro lado, la administración de justicia penal.

En efecto, si observamos los involucrados en la práctica de considerar punible la no declaración a la administración tributaria de las ganancias ilícitas percibiremos que se tratan de personajes vinculados a la red de corrupción administrativa propia del gobierno del Ex Presidente Fujimori. No se trata de una práctica generalizada de la administración tributaria o de la administración de justicia penal, sino que se trata de una persecución –administrativa y penal- de carácter selectivo, identificable como un auténtico *Derecho penal del enemigo*.

El *Derecho penal de enemigos* constituye una anomalía dentro del sistema penal y supone una verdadera contradicción en términos<sup>32</sup>. Su propósito es, como puede reconocerse en el presente estudio, demonizar a cierta clase de infractores. ¿No volvemos acaso al Derecho penal de autor?<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio, en: Jakobs, Günther & Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, pp. 25-26.

<sup>33</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *¿‘Derecho penal’ del enemigo?*, pp. 93-94.

**INFORME SOBRE LA LEGISLACIÓN  
PENAL RELATIVA A LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD  
INTELECTUAL A NIVEL  
INTERNACIONAL\***

*Wang Shizhou\*\**

El gobierno chino está procurando construir un sistema legal robusto para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Este sistema debería tener alcance mundial y cumplir con estándares internacionales. Con el fin de alcanzar este ambicioso objetivo, es necesario conocer y comprender la situación internacional. Este informe analiza los requisitos que emergen del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de *Propiedad Intelectual* relacionados con el Comercio, especialmente su art. 61, y resume algunas de las leyes penales nacionales sobre los derechos de propiedad intelectual en los principales sistemas legales. Finalmente el autor compara las regulaciones penales chinas actuales con los estándares internacionales y hace su sugerencia a China en cuanto a cómo mejorar su ley penal relativa a los derechos de propiedad intelectual.

**Introducción**

En la actualidad, la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI) ha devenido uno de los eslogans más importantes a nivel mundial. China lo ha asumido como una estrategia importante para el siglo XXI: la protección de los DPI y la construcción de un país innovador. Como miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), China también participa en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de *Propiedad Intelectual* relacionados con el Comercio (ADPIC). Hu Jintao, el Presidente de la República Popular China, dijo cuando visitó la Sede Central de Microsoft en los Estados Unidos de Norteamérica en abril de 2006, que el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual es necesario para China no sólo para

expandir la política de apertura al mundo y para mejorar el desarrollo de las inversiones extranjeras, sino también por la necesidad de fortalecer la capacidad de innovación en el propio provecho de China, a fin de desarrollarse mejor y más rápidamente.

Sin duda va en concordancia con la tendencia general internacional el que China adopte la protección de los DPI como una estrategia de desarrollo y asuma tal compromiso a nivel internacional.

Adoptar medidas legales es absolutamente necesario para la protección de los DPI. Desde las épocas más tempranas se ha recurrido a estos efectos al derecho penal, considerándolo el método más efectivo. Las dos cuestiones centrales en este ámbito son, por lo tanto, *si* y *en qué medida* usar al derecho penal con este fin.

En cuanto a la cuestión del “si”, debería ser fácil de responder si se atiende al Acuerdo ADPIC, especialmente para quienes forman parte de él, aunque podrían estar involucrados problemas teóricos o incluso sociales muy complicados. Dado que el Acuerdo ADPIC prevé la obligación de la protección penal para los Estados contratantes, éstos están obligados a sancionar y aplicar los artículos penales en sus propios países, de acuerdo con el requerimiento del Acuerdo y cuanto menos dentro de su esfera de validez. Los argumentos en contra de que la ley penal deba ser un medio de protección de los DPI no podrán alegarse por lo menos en lo que concierne a las obligaciones internacionales previstas por el Acuerdo ADPIC para los Estados Partes.

En cuanto a la pregunta del “en qué medida”, ésta implicará cuestiones de interpretación respecto de los artículos del Acuerdo ADPIC. Por supuesto que la interpretación que realicen los Estados contratantes afectará en forma directa la formulación de la ley penal sobre los DPI en sus respectivos países. El propósito de este artículo es por lo tanto doble: Analizar los artículos de la ley penal previstos en el Acuerdo ADPIC, a fin que el campo de protección penal requerido por el Acuerdo respecto de los DPI pueda ser correctamente entendido; e ilustrar la interpretación internacional que se da habitualmente al Acuerdo ADPIC así como la

\* Este reporte es el informe final del Proyecto sobre Responsabilidad Criminal en TRIPS. Traducción del inglés: Dra. María Laura Böhm. (Publicado originalmente en *Revista Penal* N° 28, Julio 2011).

\*\* Profesor de Derecho y tutor de LL. D. de la Universidad de Pekín.

tendencia general a nivel internacional para la protección de los DPI mediante la ley penal, teniendo en cuenta los principales sistemas legales. Sobre esta base, el autor aspira a que su investigación y sus conclusiones puedan servir de sugerencia para el futuro desarrollo de la ley penal sobre los DPI en China.

## I. Sentido básico del art. 61 del Acuerdo ADPIC

En el Acuerdo ADPIC, únicamente el art. 61 estipula la responsabilidad penal por infracciones a los DPI.

Hasta ahora, ni la OMC ni la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ofrecen una explicación autorizada o académica para el art. 61. Sin embargo, el estudio de los antecedentes y proyectos presentados durante la negociación y los comentarios internacionales ayudan al análisis del sentido básico de la norma.<sup>1</sup>

### I.a. Antecedentes legislativos del art. 61

En la historia moderna de protección de los DPI mediante tratados internacionales, es un fenómeno bastante nuevo el combinar el comercio internacional con la protección de los DPI. Cuando se inició la Ronda Uruguay a principios de 1987, no estaba claro si la propiedad intelectual estaría cubierta.<sup>2</sup> Fueron los Estados Unidos de Norteamérica los que por primera vez requirieron (como una condición necesaria para iniciar la Ronda) que en las negociaciones también fueran considerados los DPI relacionados con el comercio. En aquel momento, las Convenciones existentes eran obviamente débiles para la efectiva protección de la propiedad intelectual. Mediante la vinculación de la legislación sobre propiedad intelectual con los

<sup>1</sup> Cfr. DANIEL GERVAIS, *The TRIPS Agreements: Drafting History and Analysis*, London, Sweet & Maxwell, 1998. De acuerdo con Investigaciones de la OMC, este libro “es uno de los libros más útiles escritos sobre el tema y contiene además algunos de los documentos de trabajo preliminares centrales relativos al Acuerdo TRIPS” [“is one of the more useful books written on the topic and contains also some of the main preliminary working documents relating to the TRIPS Agreement”].

<sup>2</sup> LARS ANELL: “Foreword”, en: GERVAIS, cit. nota 1, p. vii s.

derechos comerciales, las negociaciones internacionales recibieron una poderosa fuerza motora que las ayudó a continuar. Otro factor importante que impulsó la negociación hacia adelante fue el claro peligro de la acción unilateral. Muchos países participantes en la negociación creían que un acuerdo multilateral era mejor que las consecuencias impredecibles de acciones unilaterales. El acuerdo, por lo tanto, fue incluido en la Declaración Ministerial de Punta del Este una manifestación en el sentido de que “las negociaciones deben tender a clarificar las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y a elaborar nuevas reglas y disciplinas como sea apropiado”.<sup>3</sup>

Durante las negociaciones en la Ronda Uruguay, la mayoría de los delegados eran experimentados y hábiles negociadores en comercio. Eran muy buenos en lo relativo a las disposiciones GATT pero nuevos respecto a la legislación de la propiedad intelectual. Varias delegaciones presentaron sus propuestas. Sin embargo, fue imposible llevar adelante las negociaciones con base en estos proyectos independientes. Por este motivo los Estados negociantes en 1990 permitieron a la Presidencia preparar un texto compuesto, con alternativas, como base para las negociaciones. Este texto es el así llamado Proyecto W/76.<sup>4</sup>

En diciembre de 1990, la Conferencia Ministerial de Bruselas adelantó también un proyecto (Proyecto Bruselas). Luego de la Conferencia, había sólo un Proyecto Final para las negociaciones (así llamado Proyecto Final – *Draft Final Act* – o *Dunkel Draft*). Sin embargo, no hay mucha diferencia entre este proyecto y la versión final aceptada, ya que el proyecto iba a terminar siendo aceptado “a libro cerrado” por los participantes.

Luego de difíciles contiendas políticas, económicas, diplomáticas y culturales el Acuerdo

<sup>3</sup> *Ibid.* [Original en inglés: “the negotiations shall aim to clarify GATT provisions and elaborate as appropriate new rules and disciplines”] (NdeT: GATT es la sigla de General Agreement on Tariffs and Trade).

<sup>4</sup> Este es el así llamado documento MTN. GNG/NG11/W/76, en breve Proyecto W/76.

ADPIC entró en vigencia en 1994 y devino una nueva regulación para las órdenes de compra en el comercio internacional.

China es Estado Miembro del Acuerdo ADPIC desde el 11 de diciembre de 2001, fecha desde la cual es Miembro de la OMC.

### I. b Redacción del art. 61

En el Acuerdo ADPIC, el art. 61 referente a la protección mediante la ley penal, estipula lo siguiente:

<sup>(1)</sup> Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. <sup>(2)</sup> Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. <sup>(3)</sup> Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. <sup>(4)</sup> Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.<sup>5</sup> El artículo respectivo en el Proyecto Bruselas era básicamente idéntico a éste.

En el así llamado Proyecto W/76, este artículo estipulaba lo siguiente:

Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales (al menos)<sup>6</sup> para los casos de [falsificación dolosa de marcas de fábrica o de

<sup>5</sup> 国家版权局办公室编 (Oficina General de la Administración Nacional de Copyright eds.): *国际版权和邻接权条约 (Copyright International y Convenciones relacionadas)*, 中国书籍出版社2000年版, p. 374. El acuerdo se encuentra disponible online en castellano en el sitio de la OMC: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm#TRIPs](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs)

<sup>6</sup> Los textos que en este párrafo se encuentran entre paréntesis fueron agregados con posterioridad.

comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial] [infracciones dolosas a marcas de fábrica o de comercio y del derecho de autor a escala comercial] [infracciones dolosas a escala comercial de los derechos de propiedad intelectual afectados por este acuerdo].<sup>7</sup> Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias <efectiva y><sup>8</sup> suficientemente disuasorias (que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente). Cuando proceda, (entre los recursos disponibles) figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras <y de todo artefacto> (y de todos los materiales y accesorios) [utilizados predominantemente] [utilizados] para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

Si se comparan el Proyecto W/76 con el artículo actual, se pueden advertir dos opciones y tres modificaciones.

Las dos opciones se refieren a las tres alternativas en la Oración 1, art. 61, y a las dos alternativas en la Oración 3. El punto en común en la primera opción es el requisito “a escala comercial” para que haya infracción a las marcas de fábrica o de comercio y al derecho de autor. La diferencia, por su parte, reside en si el objeto de la protección penal son “marcas de fábrica o de comercio” y “el derecho de autor”, o “marcas de fábrica o de comercio y el derecho de autor”, o “los derechos de propiedad intelectual afectados por este acuerdo”.

Ahora vemos que el Acuerdo escogió la primera alternativa, es decir, “marcas de fábrica o de comercio” y “el derecho de autor”. En las dos alternativas en la Oración 3 podemos ver que el Acuerdo también escogió la primera, o sea, lo que puede ser confiscado, decomisado y destruido son las mercancías infractoras y todos los materiales y

<sup>7</sup> Los textos que en este párrafo se encuentran entre corchetes fueron alternativas para los negociadores.

<sup>8</sup> Los textos que en este párrafo se encuentran entre corchetes angulares luego fueron eliminados.



accesorios “utilizados predominantemente”, y no sólo “utilizados” para la comisión del delito.

De las tres modificaciones, las dos palabras “al menos” agregadas en la Oración 1 estipulan el requisito mínimo para la criminalización de las infracciones a la propiedad intelectual. En la Oración 2, la modificación realizada al borrar el “efectiva(mente)” y agregar “que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente” asegura la efectividad disuasoria de la responsabilización penal y enfatiza la coherencia entre la sanción respecto de delitos contra los DPI y la aplicable a delitos contra la propiedad. Y, por último, es obviamente más claro el sentido al cambiar el “y de todo artefacto” en la comisión del delito por la frase “y de todos los materiales y accesorios”.

De la revisión del artículo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Primero: Desde el inicio de las negociaciones del Acuerdo ADPIC no hubo objeción en aplicar el derecho penal contra delitos violatorios de los DPI.

Segundo: Tampoco hubo objeción durante las negociaciones y la redacción de los proyectos del Acuerdo ADPIC en cuanto a que la condición básica para la aplicación de la sanción penal sobre infracciones a los DPI es que dichas infracciones sean “dolosas” y “a escala comercial”.

Tercero: Lo que el Acuerdo remarca en su parte relativa a la responsabilidad penal es la naturaleza de *propiedad* de la propiedad intelectual y la función preventiva de la ley penal.

Cuarto: Los Estados contratantes deberían criminalizar al menos la “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio” y la “piratería lesiva del derecho de autor”.

#### I. C. Comentarios internacionales al art. 61

De acuerdo con los materiales internacionales de relevancia,<sup>9</sup> no hubo desacuerdos serios entre los participantes en las negociaciones en cuanto a si las medidas penales deberían dirigirse, al menos, contra cierto tipo de infracciones de los DPI. Las medidas penales son habitualmente consideradas como un ingrediente esencial en la lucha contra infracciones organizadas. El tema principal en la negociación fue hasta qué punto estas

<sup>9</sup> GERVAIS, cit. nota 1, pp. 233 ss.

infracciones deberían estar prohibidas por la ley penal. Qué era exactamente lo que estaría cubierto por las medidas penales en el Acuerdo ADPIC fue negociado en distintas direcciones entre julio y diciembre de 1990.

Hubo dos grupos en la negociación. Uno estaba a favor de la utilización de medidas penales para cualquier tipo de infracción. El otro trató de limitarlas a las infracciones dolosas y comerciales que directamente afectaran el “orden público”.

De los argumentos en contra de la implementación de medidas penales frente a toda infracción, los más importantes son los dos siguientes:

Primero: La naturaleza básica de la propiedad intelectual es la de un derecho privado. En el párrafo 4 del Preámbulo del Acuerdo ADPIC se establece claramente que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Esto fue agregado hacia el fin de las negociaciones para reafirmar que los Estados no están, como regla general, obligados a iniciar acción de oficio contra violaciones de los derechos de propiedad intelectual, sino que tales asuntos deberían ser resueltos entre las partes privadas involucradas.<sup>10</sup> Obviamente esta regla comprometería significativamente las medidas penales.

Segundo: Los países en desarrollo tienen pocos recursos para invertir en la implementación penal. Dada la preocupación de los países en desarrollo por la carga que implica la efectiva observación de los DPI como un deber internacional, el art. 41, párr. 5 de ADPIC establece que “queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.” Este fue particularmente

<sup>10</sup> GERVAIS, cit. nota 1, p. 37.

el caso de algunos de los participantes del sudeste asiático, cuyos sistemas legales no prevén mandamientos judiciales preventivos. Más allá de las preocupaciones indicadas, podría decirse que la negociación de esta Parte del Acuerdo no fue particularmente difícil, a pesar de que varios puntos bosquejados quedaron indefinidos por bastante tiempo.<sup>11</sup>

Realmente había numerosas dificultades prácticas para los países en desarrollo en punto a la implementación inmediata de medidas criminales contra ofensas que afectasen los DPI. Para muchos de ellos, especialmente para los países menos desarrollados, una protección integral de los derechos de propiedad intelectual (incluida la protección mediante la efectiva aplicación penal frente a tribunales nacionales y cuerpos administrativos) requería de cambios no sólo en el ámbito legislativo sino también en prácticas bien arraigadas, e implicaba gastos adicionales. En realidad, los Estados contratantes reconocieron esta situación. En el Preámbulo del Acuerdo ADPIC, los párrafos 5 y 6 establecen que “reconociendo los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”; “reconociendo asimismo las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable.”<sup>12</sup>

Sin embargo, todos los participantes en la negociación alcanzaron compromisos y acuerdos al menos respecto de los dos puntos más importantes relativos a la implementación.

En primer término, todos los Estados contratantes de este Acuerdo concuerdan en que tanto una protección insuficiente como una protección excesiva de la propiedad intelectual podría tener como consecuencia distorsión y desorden. Por lo tanto el párrafo 1 del Preámbulo del Acuerdo ADPIC establece que el fin del Acuerdo es “reducir las distorsiones del comercio

<sup>11</sup> GERVAIS, cit. nota 1, p. 197.

<sup>12</sup> 国家版权局办公室编, cit. nota 5, p. 374.

internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”, mientras que el párrafo 7 enfatiza “la importancia de reducir las tensiones mediante el logro de compromisos más firmes de resolver por medio de procedimientos multilaterales las diferencias sobre cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con el comercio.” Esto concreta uno de los aspectos centrales de las negociaciones: Bajo las directivas GATT ya no es legítimo adoptar medidas unilaterales en el ámbito de la propiedad intelectual!

En segundo término, los Estados contratantes aseguran en el art. 41, párr. 1, “que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.”; y en el párr. 2, que “los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.” Aquí lo que el Acuerdo ADPIC enfatiza es la efectividad de la acción, incluidos los remedios expeditivos para prevenir infracciones y remedios que disuadan de futuras infracciones, así como la compensación y la confiscación.

Durante las negociaciones, la principal preocupación se centró en la piratería de copyright y en las actividades de falsificación. En la práctica, la única defensa frente a piratas y falsificadores es tratar de evitar la acción legal y retrasar cualquier intervención en este sentido hasta que aquellos puedan montar su negocio en

algún sitio. Una vez que un “pirata” ha sido localizado (lo que suele ser bastante difícil) debe entrarse en acción inmediatamente a fin de confiscar los bienes en infracción y los accesorios, de manera que pueda evitarse el desplazamiento de los mismos así como la apertura de una nueva fábrica en algún otro sitio.<sup>13</sup> En estos procedimientos debe contarse con la posibilidad de que se produzcan daños, aunque en la práctica se presentan sólo ocasionalmente. Este es en parte el motivo por el cual las medidas criminales fueron vistas como esenciales por quienes participaron de las negociaciones: en los casos criminales la insolvencia es raramente una buena defensa. Por supuesto que los requerimientos de efectividad y celeridad en la aplicación de la protección de los DPI no debe devenir en barrera para el comercio legal, lo cual también es exigido por el GATT.<sup>14</sup> De esta manera se alcanzó conformidad sobre la criminalización de la piratería de copyright y las actividades de falsificación. Sin embargo, el alcance final de la protección legal todavía está siendo debatido.

Sobre este trasfondo, la negociación del Art. 61 del Acuerdo ADPIC tuvo los siguientes logros:

*Primero:* Los Estados contratantes asumieron la obligación de aplicar medidas penales en casos de falsificación voluntaria de marcas de comercio y de piratería de copyright a escala comercial. Aquí el término voluntaria (“willful”) parece corresponderse con el “mens rea element” (intención criminal) de la comisión delictiva en los sistemas del *common law*. Su significado fundamental debería ser definido como “voluntario” (“voluntary”) o “intencional” (“intentional”).<sup>15</sup> La frase “a escala comercial” (“on a commercial scale”) se corresponde con lo que ha sido referido como “infractores profesionales”.<sup>16</sup>

*Segundo:* Los Estados contratantes asumen que los remedios jurídico-penales regulados en sus propios sistemas deben incluir multa y/o pena de prisión en un grado suficiente como para prevenir y disuadir tanto a la persona acusada como a otros infractores profesionales. Esto también está

estipulado en el art. 41, bajo el título “Obligación General” en la Parte de Ejercicio de Derechos de Propiedad Intelectual. Éste es en realidad el requisito mínimo del Acuerdo ADPIC para una sanción criminal, el cual no prohíbe a los Estados Partes de la OMC que establezcan otras medidas criminales apropiadas en sus respectivas legislaciones criminales, por ejemplo, otras penalidades y la publicación de la identidad de quienes infringen los DPI. En este punto tal vez debería debatirse la efectividad de las sanciones criminales como medios de disuasión. Sin embargo, los Estados contratantes acordaron que el nivel de tales sanciones debe reflejar la seriedad del crimen a la vista de otros delitos sancionados bajo la ley nacional de los Estados miembros de la OMC en cuestión, y acordaron también respetar el art. 41, para. 1; la gravedad de tales delitos debe equipararse con la de los delitos graves contra la propiedad.

*Tercero:* Los Estados contratantes acordaron que las autoridades judiciales también deberían tener la autoridad, en los “casos apropiados”, de ordenar la confiscación y destrucción tanto de los bienes como de los materiales y accesorios cuyo uso predominante (un uso que prevalece por sobre los demás) fue la comisión del delito. Esto incluiría equipos de producción y reproducción pero podría extenderse también, por ejemplo, a vehículos de transporte, dependiendo de las circunstancias.<sup>17</sup> El significado de los “casos apropiados” está previsto en los arts. 46 y 59. El Art. 46 dispone que “Para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes. Las autoridades judiciales estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones. Se tendrán en cuenta, al dar curso a las correspondientes

solicitudes, tanto la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.” El art. 59 dispone que “Sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al titular del derecho y a reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, las autoridades competentes estarán facultadas para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el artículo 46. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no permitirán, salvo en circunstancias excepcionales, que las mercancías infractoras se reexporten en el mismo estado ni las someterán a un procedimiento aduanero distinto.” Sin embargo, estas disposiciones no necesariamente deberían ser restringidas a su aplicación sólo en casos penales. *Cuarto:* El art. 61 especifica mediante una disposición facultativa “podrán”, que las medidas penales podrán ser utilizadas en otros casos de violación de los derechos de propiedad intelectual, es decir que están previstas en particular – pero no exclusivamente – para los casos de comisión dolosa a escala comercial.

#### **I.d. Requisitos del Art. 61 sobre la Responsabilidad Criminal por violación de los DPI**

En general, la disposición del art. 61 del Acuerdo ADPIC sobre la responsabilidad criminal por violación de los derechos de propiedad intelectual debe ser entendida en su doble estructura. Una parte está conformada por los requisitos obligatorios para los Estados contratantes del Acuerdo, es decir, el no cumplir en su propia legislación penal y en la práctica judicial con los requisitos allí establecidos conllevaría las consecuencias de la violación del Acuerdo ADPIC. El otro ámbito está constituido por los requisitos no obligatorios, sobre los cuales los Estados contratantes pueden decidir sobre su cumplimiento de acuerdo a sus propios criterios y estándares, es decir, el no cumplir con estos requisitos no va a constituir una violación del

ADPIC. Sin embargo, debe ser entendido de acuerdo con los fines del Acuerdo que se espera que los Estados contratantes cumplan incluso con estos requisitos no obligatorios, es decir, que incrementen el nivel de protección de la propiedad intelectual tanto como sea posible, sin que tal protección signifique una barrera para el comercio legal.

Estos requisitos del Acuerdo ADPIC sobre la responsabilidad criminal pueden resumirse del siguiente modo:

*Primero:* Lo que los Estados contratantes deben prohibir en cuanto a los aspectos objetivos del tipo penal en su propia legislación interna es la piratería intelectual. Claro que para otras infracciones contra la propiedad intelectual también puede utilizarse la ley penal.

*Segundo:* Lo que los Estados contratantes deben prohibir en cuanto a los aspectos subjetivos de la piratería intelectual es el dolo, es decir, la conducta intencional. Este requisito subjetivo estaría dado incluso sin propósito criminal. Por su parte, la responsabilidad criminal por infracciones culposas a los derechos de propiedad intelectual no está prevista por el ADPIC, debido a la disposición que establece que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Para otras infracciones contra los derechos de propiedad intelectual distintas a la piratería, no estaría prohibido por el Acuerdo ADPIC que los requisitos respecto del elemento subjetivo sean mayores, por ejemplo, al requisito adicional del propósito criminal.

*Tercero:* Lo que los Estados contratantes deben prohibir sí o sí en términos de la piratería de derechos intelectuales deben ser las conductas que alcancen el nivel de “a escala comercial”. Esto no impide, sin embargo, que también se utilice la ley penal para prohibir la piratería de derechos intelectuales en menor escala u otro tipo de infracciones de los DPI.

*Cuarto:* Las sanciones penales previstas para la piratería de derechos intelectuales pueden ser multa o pena de prisión, o ambas, pero deben ser suficientes como medio de disuasión y acordes con el nivel de sanciones aplicadas a delitos de similar gravedad.

*Quinto:* Los Estados contratantes deben contar entre las medidas criminales adoptadas la confiscación, el decomiso y la destrucción de los

<sup>13</sup> Véase GERVAIS, cit. nota 1.

<sup>14</sup> Véase art. 24, párr. 4 del GATT.

<sup>15</sup> Véase GERVAIS, cit. nota 1, p. 234, nota al pie 27.

<sup>16</sup> Véase GERVAIS, cit. nota 1, p. 234, nota al pie 28.

<sup>17</sup> Véase GERVAIS, cit. nota 1, p. 234, nota al pie 28.

bienes en infracción y de todo otro material o accesorio cuyo uso predominante haya sido la comisión del delito, pero no estarán necesariamente limitadas a tales medidas.

## II. Estudio comparativo de la ley penal de la propiedad intelectual en distintas jurisdicciones

Al estudiar las leyes penales relativas a los DPI debe tenerse presente que el propósito de todo país o región al regular delitos contra la propiedad intelectual en su derecho penal nacional o en su sistema jurídico-penal no es primeramente el obedecer el Acuerdo ADPIC. Ni siquiera es necesariamente el promover el comercio internacional. La legislación criminal en cada país o región debe basarse primeramente en su propia situación nacional y proveer la mayor protección legal para sus condiciones de vida básicas. Cómo se protege la propiedad intelectual y el copyright como condiciones básicas de vida social y cuál es el significado de la ley penal en dicha tarea puede variar mucho entre los distintos países o regiones. Sin embargo, luego de que un Estado se haya incorporado a la OMC, su ley penal en protección de los derechos intelectuales originalmente “doméstica” en su naturaleza deberá aceptar la responsabilidad de obedecer las obligaciones internacionales, especialmente teniendo en cuenta que el Acuerdo ADPIC dispone de requisitos detallados al efecto.

Por esta razón, los comentarios y críticas a la legislación penal nacional relativa a los DPI debe realizarse teniendo en cuenta una doble finalidad: En primer término estudiar si la ley penal relativa al copyright es acorde con los requisitos del Acuerdo ADPIC en términos de la protección de los derechos de propiedad intelectual. De no ser así, el Estado en cuestión podría hacerse pasible de sanciones bajo el derecho internacional. Y en segundo lugar, investigar la actitud básica de ese país hacia la protección de los derechos de propiedad intelectual. En general, cuanto más abarcador y estricto sea un país en el uso de medidas penales para proteger los DPI, mayor será la importancia dada a estos derechos en dicho país y mayor atención pondrá ese Estado en su protección. Es una cuestión absolutamente interna si un Estado decide optar por una “economía intelectual” como estrategia para el

desarrollo de su modelo de vida básico, especialmente para el desarrollo del modelo de crecimiento económico, así como es una cuestión interna el cómo proteger la propiedad intelectual mediante la ley. Un Estado incluso podría tratar las controversias en derredor de la propiedad intelectual como una cuestión puramente privada, como lo requiere lógicamente la idea de que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”, siempre y cuando cumpla con los requisitos del Acuerdo ADPIC. Sin embargo, por supuesto que es muy significativo para todo Estado y en este caso para China, que está “peleando por ganar nuevas victorias en la construcción de una well-off society”<sup>18</sup>, aprender cómo nuestros países vecinos, sin importar qué tan lejos o cerca se encuentren, protegen la propiedad intelectual, es decir, saber cómo ellos se están enriqueciendo en la era de la globalización.

Para un informe detallado sobre la situación en los sistemas legales preponderantes en el mundo, puede consultarse un trabajo colectivo coordinado por el autor.<sup>19</sup> El mismo considera, sin embargo, que un breve informe sumarial de la ley de protección de los derechos de propiedad intelectual en estos países o regiones también servirá para tener una mejor comprensión de la tendencia legal en el derecho penal del copyright en el mundo.

### II.a. Los Estados Unidos de Norteamérica

Es posible que en el mundo actual los Estados Unidos no sean el país que provee la protección más estricta de los DPI, sin embargo, es uno de los Estados que más enfatiza la necesidad de protección de los DPI. Su ley penal del copyright tiene el siguiente carácter:

*Primero:* Los Estados Unidos comenzaron a sancionar leyes federales de protección de los DPI en 1897 y es uno de los países que usó desde los primeros tiempos la ley criminal para la protección de los copyright. Como resultado de los esfuerzos realizados por más de un siglo, la

<sup>18</sup> 2007年6月25日胡景涛在中央党校的讲话/《人民日报》2007年6月26日第一版。

<sup>19</sup> SHIZHOU WANG (ed.): *Report on Copyright Criminal Law in the World*, Publishing House of the University of People's Public Security, 2008.

cobertura que brinda el derecho penal a los DPI es bastante amplia, si bien no es la más amplia del mundo.

*Segundo:* La expansión de la ley penal del copyright se fue dando gradualmente. En 1897, por ejemplo, esta ley sólo podía ser aplicada en casos de interpretaciones no autorizadas de obras teatrales y música, pero no para la reproducción de libros o mapas, que tienen el linaje más antiguo en nuestra ley penal. En 1976, el Copyright Act distendió los prerequisites del elemento subjetivo (*mens rea*) al requerir que la infracción fuera realizada voluntariamente y con el propósito de obtener “ventaja comercial” (“commercial advantage”) o “beneficio financiero privado” (“private financial gain”), en vez de simplemente “para obtener algún beneficio” (“for profit”). Luego de 1992 el nivel de protección fue mejorado para el software de computadoras y los trabajos audiovisuales. Sólo luego de 1997 fue quitado el requisito del beneficio financiero y en el nuevo milenio se incluyó la protección de las técnicas digitales.

*Tercero:* Las condiciones para la aplicación de la ley penal de copyright norteamericana o el umbral de los crímenes de copyright son básicamente dos de acuerdo a la ley actual: El primero es el requisito subjetivo; si está dado el propósito de la ventaja comercial o del beneficio privado financiero, estará constituido el delito incluso si tal intención no llega a concretarse. El segundo es el requisito de monto y cantidad; si el autor no tiene la intención del beneficio financiero, será de todos modos culpable si uno o más de los trabajos bajo marca registrada son reproducidos o distribuidos sumando un valor (de acuerdo al monto de la venta al por menor) total de u\$s 1000 o más en un período de 180 días.

*Cuarto:* La ley penal de copyright de Estados Unidos ha mostrado claramente una tendencia a incrementar sanciones: algunas infracciones pasaron de ser faltas (“misdemeanor”) a ser delitos (“felony”) y el máximo tanto de multas como de penas de prisión posibles para lesiones de copyright están aumento. A esto se suma que han sido montadas agencias especiales de implementación de la ley tales como la Sección de crímenes por computadora y propiedad intelectual (Computer Crime and Intellectual Property Section) en el Departamento de Justicia, las que trabajan efectivamente.

En general, el nivel de protección de la ley penal norteamericana para la protección de la propiedad intelectual es mucho más elevada que los requisitos del Acuerdo ADPIC.

### II.b. La Unión Europea y sus Estados Miembros

De los países pertenecientes a la Unión Europea (UE) hemos considerado en este estudio a Alemania, Francia, Gran Bretaña y Austria. Los instrumentos legales de la UE tienen efecto vinculante para los Estados Miembros.<sup>20</sup> No obstante, la legislación local de estos Estados hasta ahora no han devenido idénticos como si fueran copiados del mismo instrumento legal. Pero es cierto que la región bajo la jurisdicción de la UE, especialmente Europa occidental, es el primer área en el mundo donde la propiedad intelectual es sujeto de la protección legal regional y de la protección mediante ley penal. De hecho, ésta es la región donde los Tratados internacionales fueron usados para proteger la propiedad intelectual.

La ley penal de copyright de la UE y sus Estados Miembros puede caracterizarse brevemente del siguiente modo:

*Primero:* La UE pone el acento fuertemente en la protección de los DPI. Hasta ahora, la UE ha generado alrededor de 10 documentos legales para sus Estados Miembros en términos de la protección de los DPI y en la forma de “directivas” con efecto vinculante, relativas a software de computadoras, derechos de préstamos y renta, copyright y derechos relacionados, bases de datos, condiciones de acceso a un servicio, sociedades de información, el derecho a reventa para el beneficio del autor de una obra de arte original, y distintos procedimientos y medidas de relevancia. La UE carece de autoridad para requerir a sus Estados Miembros que sancionen legislación penal, sin embargo, solicita en sus directivas que “Los Estados Miembros deberán proveer de sanciones y remedios apropiados respecto de las infracciones de los derechos y obligación estipulados en esta directiva y

<sup>20</sup> Véase 王世洲主编 (WANG SHIZHOU ed.): *欧洲共同体法律的制定和执行 (Legislación e implementación de la legislación de la UE)*, 法律出版社2000年版, p. 183.

deberían tomar todas las medidas necesarias para asegurar que aquellas sanciones y remedios sean aplicados. Las sanciones así previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas.”<sup>21</sup> Esto proporciona una base legal en el sentido de una constitución europea para medidas legales, incluyendo la ley penal, adoptadas por los Estados Miembros contra las infracciones al copyright.

*Segundo:* La protección de la propiedad intelectual mediante la ley penal comenzó casi en paralelo con la protección legal en Europa occidental. En términos de copyright, la piratería es la forma delictiva más antigua. Luego de un desarrollo de dos o tres siglos, la cobertura de la protección de los DPI mediante la ley penal incluye las formas de literatura, arte, música, obras audiovisuales, radio- y televisión, fotos, noticias y encabezados, bases de datos, así como los derechos relacionados. Con respecto a las conductas, la cobertura se extiende de la forma tradicional de reproducción y distribución hasta las infracciones en el ámbito de medidas tecnológicas (Alemania), bases de datos (Francia) y la recepción fraudulenta de programas (Gran Bretaña). Vale la pena mencionar que la expansión de la ley penal de copyright también es una tendencia obvia en otros Estados Miembros de la UE.

*Tercero:* En los actuales Estados de la UE existen los siguientes puntos en común sobre los requisitos mínimos de los delitos contra los DPI: 1) El delito de copyright se limita principalmente al delito doloso y no incluye delitos culposos.<sup>22</sup> En cuanto al propósito criminal, los primeros requisitos de “propósito de distribución”, “propósito de obtención de beneficio” y otros (Alemania) en general han sido cancelados;<sup>23</sup> 2)

<sup>21</sup> Véase el art. 8 de la *European Copyright Directive* ( EUCD ) , Directiva 2001/29/EC.

<sup>22</sup> En los primeros tiempos Alemania solía estipular responsabilidad criminal por infracciones culposas de copyright, véase *German Report*.

<sup>23</sup> Esto no pretende excluir la posibilidad de que la intención específica sea entendida como una circunstancia agravante que implique una pena más severa, por ejemplo, como sucede en Alemania. Además, existen requisitos como “para la venta o alquiler”, “en el curso de un negocio en vistas a...”, “a sabiendas o teniendo razón para creer que sería utilizado para realizar copias prohibidas para la venta o alquiler o para uso en el curso de un negocio” en la ley de copyright británica, sin

los delitos de copyright menos graves son bastante común de ser tomados sólo en caso de denuncia (“upon complaint”) como una condición para la persecución penal. En Alemania y en otros países en los que la persecución es de oficio, los fiscales y los jueces tienen discrecionalidad en cuanto a determinar el procedimiento penal bajo ciertas circunstancias; 3) Una de estas circunstancias explícita o implícitamente exigida suele ser que el delito sea cometido “a escala comercial”. En los sistemas en los cuales la ley regula la “escala comercial” como una condición (tal como es el caso de Alemania), esta escala se refiere a “la comisión repetida de un acto con la intención de hacer de ella una fuente continua de ingresos por un determinado período de tiempo y por un determinado monto”.<sup>24</sup> En aquellos en que el término no es regulado explícitamente, como es el caso de Gran Bretaña, el uso de los términos “para venta o alquiler” (“for sale or hire”), o “en el curso de los negocios” tiene prácticamente el mismo sentido básico. 4) Para las figuras básicas no hay requisitos mínimos de monto o cantidad en el derecho penal europeo de copyright.

Obviamente, la UE y sus Estados Miembros proveen un nivel de protección de la propiedad intelectual mucho más alto que los requisitos del Acuerdo ADPIC. Lo que está sucediendo en esta región podría indicar una suerte de tendencia internacional en la protección de los DPI.

### II.c. Australia

Luego de seguir las leyes inglesas por mucho tiempo, Australia comenzó a aplicar su propia Copyright Act en 1968. Si bien es sólo una corta historia, la ley de copyright australiana se ha desarrollado en forma bastante significativa. Hoy se puede reseñar la ley australiana con los siguientes puntos:

*Primero:* La tipificación de delitos de copyright está aumentando. Sólo por el número de artículos en su ley, la ley australiana de copyright podría ser la más prolifera del mundo, incluyendo no sólo ofensas directamente dirigidas contra los

embargo, no parece haber informes que den cuenta de críticas a Gran Bretaña respecto del Acuerdo ADPIC.

<sup>24</sup> BGHSt. 1, 138; BGH GA 55, 212; RGSt. 58, 19/20, véase *German Report*.

DPI, sino también contra la administración y gestión de copyright.

*Segundo:* El nivel de la protección de los DPI está aumentando. Con respecto al aspecto subjetivo de la ofensa de copyright, por ejemplo, el desarrollo de la ley de copyright australiana contiene un amplio espectro: del conocer con un cierto propósito, el “razonablemente debería haber sabido”, pasando al requisito de culpa (“negligent”) y “responsabilidad estricta” (“strict liability”) en 2007.

*Tercero:* “A escala comercial” ya no es una condición para que se constituya el delito, sino más bien una condición para la imposición de una pena más severa.

*Cuarto:* Hay muchas causas de exclusión de la responsabilidad (“defenses”) que se fueron desarrollando en la ley penal de copyright de Australia, tanto en la Copyright Act como en el Código Penal. La responsabilidad criminal puede ser excluida si existe una o más de estas *defenses*.

Queda claro que la ley penal de copyright de Australia ha devenido en una de las leyes de protección de copyright más radicales del mundo.

### II.d. Rusia

Rusia ha heredado la posición de la Unión Soviética bajo la ley internacional. De esta manera tiene una historia bastante larga en relación con la protección de los DPI desde la ley en general, y en particular mediante la ley penal. Tanto en la ex-Unión Soviética como en el presente Rusia se ha mostrado respetuosa de las convenciones internacionales sobre DPI y ha adoptado una actitud activa en su participación en las mismas. En breve, la ley penal de Rusia relativa a los DPI puede caracterizarse del siguiente modo:

*Primero:* El modelo básico de protección en Rusia es un modelo mixto con remedios civiles, administrativos y penales. Respecto de la protección por medio de la ley penal hay un requisito cuantitativo de “daño flagrante” (“gross damage”) y “monto relativamente alto” (“relatively large amount”) para que se pueda constituir un delito de copyright. Sin embargo, hay sólo una interpretación académica pero no una explicación oficial para tal cálculo. Por lo tanto, cada ciudadano tendrá que estudiar

condiciones y alcances de la efectividad de la protección por la ley penal en Rusia. Respecto de la protección administrativa sólo hay sanciones monetarias, ya que no hay detención administrativa. Por supuesto que el sistema de persecución y aplicación de la ley de copyright rusa alienta también la implementación de remedios civiles para concretar la protección de los DPI.

*Segundo:* Los artículos en la ley penal rusa de copyright son bastante simples y concisos. Así y todo, se brinda protección especial a los DPI que implican un gran valor económico, tales como software para computadoras, bases de datos y productos audiovisuales.

*Tercero:* La ley penal rusa de copyright dispone como mayor sanción criminal una multa por el monto de 200, 400 e incluso 800 cuotas mínimas de la remuneración laboral, o del sueldo u otro ingreso de la persona condenada por un período de 2, 4 o incluso 8 meses, o la privación de la libertad hasta 6 años. Por supuesto que tales sanciones tienen la disuasión como principal objetivo. Sin embargo, aún se deben seguir estudiando los efectos de este poder disuasorio, mientras que por otro lado el umbral mínimo de los delitos contra el copyright no parece estar definido en forma muy clara.

*Cuarto:* Hay muchas formas colectivas de administración del copyright en la sociedad rusa, las cuales deberían jugar un rol importante en la prevención de delitos de copyright.

Debe entenderse que “daño flagrante” o “monto relativamente alto” es la versión rusa de “a escala comercial” respecto de los crímenes de copyright. Sin embargo, no sólo por la falta de certeza respecto de estos estándares, sino porque los umbrales son muy altos, deberíamos prestar más atención a la consistencia de la ley penal rusa de copyright con los requisitos básicos del Acuerdo ADPIC. Para ésto, al hacer cualquier evaluación, debería observarse en la práctica el sistema ruso de protección de los DPI: ¿Se logra el efecto de protección de los DPI deseado por el Acuerdo ADPIC, aunque la letra de la ley no se adecue exactamente a él?.

### II.e. La República de Corea

Corea sancionó su Ley de Copyright en la década de 1950, y participó activamente en

organizaciones internacionales de protección de los DPI en la década de 1970. Desde los '90, e incluso desde el 2000, Corea ha revisado su ley de copyright frecuentemente, aspirando a alcanzar estándares internacionales. En la actualidad, la ley penal coreana de copyright puede reseñarse del siguiente modo:

*Primero:* A fin de ampliar el ámbito de protección de los DPI, las leyes de copyright coreanas aceptan activamente nuevos conceptos de la propiedad intelectual, tales como base de datos, radio- y teledifusión, transmisión digital, tasación de copyright y seguridad de programas. La ley penal de copyright coreana ha alcanzado un cierto sabor moderno – cuanto menos en sus ideas.

*Segundo:* Además de criminalizar violaciones tradicionales de copyright, la ley penal coreana criminaliza ciertas violaciones de administración de copyright. Hay algunos delitos que pueden investigarse de oficio, como los crímenes de copyright contra la administración. Sin embargo, sigue manteniendo el sistema de investigación bajo denuncia en lo que respecta a delitos que violan los derechos relativos a programas de computación.

*Tercero:* La ley penal coreana de copyright sanciona únicamente delitos dolosos. La infracción culpable del copyright está sujeta a sanción administrativa. La intención (“purpose”) criminal sólo es un requisito excepcional. Este es un diseño muy conducente para la protección de los DPI.

*Cuarto:* En la ley penal coreana no está especificado el significado de “a escala comercial”. De acuerdo con el sistema actual, las infracciones de menor escala deberían ser tratadas en procesos civiles, mientras que los casos que involucran infracciones a gran escala deben tratarse de acuerdo al proceso criminal. Sin embargo, cómo dividir estos dos niveles y cómo combinar el uno con el otro sigue siendo poco claro y requiere de mayor estudio y observación. La ley penal coreana de copyright provee un buen ejemplo de cómo hacer en un breve período de tiempo un progreso significativo en la protección de los DPI.

## II.f. Las regiones de Hong Kong y Taiwan

Hong Kong y Taiwan son partes inalienables del territorio sagrado de China. Hong Kong ha sido

retornada a la madre patria hace ya más de 10 años y goza de un sistema legal independiente de acuerdo con la *Ley básica de Hong Kong como Región administrativa especial de la República Popular de China*. Taiwan sigue sin estar reunificada con la China continental y cuenta por lo tanto en la actualidad con un sistema legal propio.

Hong Kong es formalmente miembro del GATT y miembro fundador de la OMC. Luego del retorno en 1997, Hong Kong comenzó a hacer más local su ley y a establecer su propio e independiente sistema de propiedad intelectual. Hoy en día Hong Kong aplica la ley de protección de los DPI más estricta de todo el mundo, que es sin duda excesivamente rigurosa. De acuerdo con la Ordenanza de Propiedad Intelectual (“Miscellaneous Amendments”) de 2000, el consumidor final de una copia infractora puede ser declarado responsable penalmente con sólo haber actuado en el curso de intercambio o de negocios conociendo la situación. Sin embargo, esta regulación fue suspendida por preocupación de la sociedad. La ley penal de copyright de Hong Kong es muy clara y la multa por copias infractoras se debe calcular por pieza. En 2005, el Sr. Chan Nai Ming, un ciudadano de Hong Kong, fue perseguido por distribuir tres películas en internet usando el software BitTorrent. Fue el primer caso mundial de acusación y condena penal por la violación de los derechos de propiedad intelectual por el uso de BT. El delito de violación de copyright en Hong Kong sólo requiere de dolo mientras que ciertos tipos de delitos podrían quedar realizados por responsabilidad objetiva. Con respecto al aspecto objetivo, no hay un requisito cuantitativo, es decir, para que se trate de un delito no es necesario que se alcance la escala comercial. Sin embargo, se consideró en el Proyecto de Ordenanza de Copyright (revisión) de 2006 estipular un “puerto seguro”, es decir, para trabajos de copyright en diarios y revistas (con excepción de las revistas académicas), no se aplica el delito de copia y distribución entre consumidores finales si el número total de copias infractoras hechas de todos los trabajos en cuestión destinadas a la distribución o distribuidas no excedan las 1000 copias por período de 14 días; y para trabajos de propiedad intelectual en libros (incluyendo revistas académicas), el delito

no se aplica si el total del valor minorista de las copias infractoras hechas para distribución o distribuidas no excede de \$ 8000 por período de 180 días.<sup>25</sup> Si esta revisión deviniese en ley, aportaría entonces una interpretación y regulación de la “escala comercial”.

Taiwan no es miembro del GATT. En los últimos 10 años este país ha hecho numerosas revisiones de su ley de copyright, con la esperanza de participar en organizaciones internacionales y reducir las dificultades en el comercio internacional. Actualmente la cobertura dada por la ley penal de propiedad intelectual es bastante amplia, incluyendo no sólo derechos de propiedad, sino también derechos personales sobre propiedad intelectual. Con respecto al aspecto subjetivo de las figuras penales, para la ley penal taiwanesa de copyright dolo y culpa no son suficientes. En los delitos de copyright que no son directamente delitos de piratería de derechos intelectuales, puede exigirse el propósito de obtener una ganancia, ya sea “para ganancia” o “ganancia directa”. A su vez el dolo específico (como en los casos de venta o alquiler) puede ser requisito para una condena más severa. En cuanto a la “escala comercial” no hay requisitos claros que la definan. En general las investigaciones se inician sólo en caso de denuncia, aunque hay dos excepciones: reincidentes habituales e infracción de DPI personales cuando el poseedor del derecho está muerto o muriendo. Pareciera que la ley penal taiwanesa de copyright tiene un alto nivel de protección. Sin embargo, todavía debe investigarse si las relaciones entre la protección civil y la protección criminal son razonables y si la protección mediante la ley penal no es demasiado complicada; también debe evaluarse su efectividad.

## II.g. India, Brasil, Argentina y Egipto

India, Brasil, Argentina y Egipto son países en desarrollo importantes que han hecho grandes avances económicos en los últimos 10 años. Sus ordenamientos pueden reseñarse como sigue:

<sup>25</sup> Copyright (Amendment) Bill 2006, Legislative Council Brief, File Ref.: CIB CR 07/09/16 (véase *Hong Kong Report*).

*Primero:* Estos Estados han puesto atención en la protección de los DPI y, especialmente luego del Acuerdo ADPIC, han revisado una o más veces sus leyes de copyright o leyes relacionadas con el copyright, poniendo de manifiesto su propósito de hacer esta protección más consistente con los estándares internacionales.

*Segundo:* En estos Estados se provee de protección mediante la ley penal a distintos tipos de obras con propiedad intelectual. Al software de computadoras, trabajos audiovisuales y otras obras con copyright con un valor económico significativo se les da una protección especial mediante disposiciones y legislación penales especiales. Algunos Estados (como India) incluso dan protección mediante la ley penal a objetos especiales relacionados con copyright, tales como radio- y teledifusión satelital y tecnología digital.

*Tercero:* Estos Estados requieren dolo como condición para perseguir delitos de copyright. Normalmente no hay un requisito de intención criminal para la piratería de copyright directa. La intención criminal o bien es requerida para constituir un delito de copyright (como India), o definida en forma amplia como un propósito de “ganancia directa o indirecta” (como Brasil). Sólo Argentina todavía usa el término “fin de lucro” y “con miras a su distribución” al criminalizar las infracciones relacionadas con los fonogramas.

*Cuarto:* Parece no haber requisito de “escala comercial” en las leyes penales de estos Estados. En cuanto a la real implementación, las diferencias son sólo de grado. Se observa que el índice de condenas por delitos de copyright en Brasil es bastante bajo, que en Argentina las sanciones monetarias son el método principal contra las infracciones de copyright, y que las agencias de implementación en Egipto son excesivamente complejas. India se muestra muy estricta en los artículos de su ley penal de copyright, pero aún debe investigarse el alcance real de su implementación.

A juzgar por la información con que contamos, en estos Estados hay espacio suficiente de mediación en sus relaciones entre desarrollo económico y protección de los DPI.

## II.h. Canadá

Como Estado miembro de la OMC, Canadá participó en el Acuerdo ADPIC y es también Estado miembro de OMPI (Organización

Mundial de la Propiedad Intelectual). A nivel internacional, Canadá ha sido muy activa en la preparación de distintos tipos de tratados internacionales. Sin embargo, recientemente ha sido objeto de críticas por parte de los Estados Unidos. Algunos grupos de protección de los DPI tales como la Alianza Internacional por la Propiedad Intelectual (International Intellectual Property Alliance – IIPA) y MPAA (*Motion Picture Association of America*) recomendaron al Representante Comercial de los EE.UU. que Canadá sea incluida en la *Special 301 Priority Watch List*, el listado en que se indican los países que a criterio de los EE.UU. no protegen debidamente los DPI.

Actualmente, la Ley canadiense de Propiedad Intelectual provee numerosas regulaciones muy detalladas para la protección de los DPI. Sin embargo, siguen siendo aún muy breves y concisas en comparación con las leyes en la materia en países desarrollados. Vale la pena mencionar que el foco de la aplicación en la Política de Implementación de Copyright llevada adelante por el Departamento de Justicia de Canadá está puesto en la piratería de DPI, es decir, en las infracciones comerciales de importadores, productores y distribuidores. Esto implica, por tanto, que esta focalización conlleve una menor atención en la implementación legal en otros ámbitos, en particular en los mercados de pulgas, los conciertos de rock, la venta callejera o las “ferias americanas” particulares, aunque éstos podrían resultar canales útiles para obtener acceso a ofensas más serias en la piratería de DPI.<sup>26</sup> Es interesante discutir en este punto si la división de “a escala comercial” entre la clasificación de infractores no debería hacerse aunque sea contraria a los requisitos del Acuerdo ADPIC. Incluso Canadá, como país desarrollado, tiene que adoptar este criterio de selección a fin de

<sup>26</sup> Véase *Copyright Enforcement Policy*, <http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/cep/index.html>. Además, Canadá exige dos elementos claves que deben ser probados: uno es el conocimiento de que las obras han sido producidas para la venta; que se trate de obras vendidas, distribuidas, exhibidas o importadas en infracción. Este requisito es imperativo. El otro es la subsistencia y propiedad del derecho intelectual. Generalmente es responsabilidad del denunciante probar que las obras en infracción están protegidas legalmente por la ley de propiedad intelectual.

“promover un empleo más estratégico y efectivo de los recursos escasos con que se cuenta para la implementación.”<sup>27</sup> Este enfoque podría ser orientador para los países en desarrollo al momento de escoger la correcta política de implementación para la protección de la propiedad intelectual.

### III. Conclusión y perspectivas para la ley penal de protección de los derechos de propiedad intelectual en el mundo

Si y cómo un Estado hace uso de la ley penal para proteger los derechos de propiedad intelectual dependerá principalmente de su estrategia nacional relativa al desarrollo social, económico y cultural. Sin embargo, hoy en día también se deben tener en cuenta y respetar los requisitos establecidos en convenciones internacionales. Por este motivo, las conclusiones y perspectivas pueden presentarse en primer lugar mediante el estudio de la estrategia nacional para el desarrollo de los DPI, analizando luego la interpretación de cada Estado respecto del Acuerdo ADPIC, y planteando por último propuestas que colaboren con el futuro desarrollo en la materia.

#### III.a. Comentarios sobre la estrategia nacional para el desarrollo de los DPI

En el mundo actual los Estados escogen sus políticas nacionales relativas a la protección de los DPI de entre dos modelos básicos: Uno es adoptar la estrategia de protección estricta de todos o parte de los DPI sobre la base de que la propiedad intelectual es entendida como un pilar importante en el desarrollo económico de un país; el otro es adoptar una estrategia de protección limitada de los DPI (sólo en el mínimo requerido por los tratados internacionales) cuando los Estados no están en condiciones – al menos temporalmente – de considerar la propiedad intelectual como pilar nacional para el desarrollo económico.

De acuerdo al primer modelo la estrategia consiste en desarrollar una “economía intelectual”, adoptada generalmente por países desarrollados. En la época actual, en que los recursos materiales mundiales han sido divididos, poseídos y explorados en forma casi exhaustiva,

<sup>27</sup> *Copyright Enforcement Policy*, cit. nota 26, Preámbulo.

la lucha por y la monopolización de recursos intelectuales han crecido paulatinamente, y alcanzado el alto rango de estrategia nacional de desarrollo. En muchos países desarrollados se han realizado estadísticas durante años, de tal forma que se puede apreciar claramente la importancia adquirida por las industrias basadas en la propiedad intelectual, elevada al rango de parte sustancial de la economía nacional.

Si se toma a Australia como ejemplo, algunas de sus estadísticas sostienen que las industrias basadas en propiedad intelectual incluyen por lo menos las siguientes:<sup>28</sup>

- a. Literatura y prensa, incluyendo la publicación de libros, periódicos y revistas, bibliotecas;
- b. Música, incluyendo grabaciones, presentaciones en vivo y publicación de música;
- c. Programas de computación;
- d. Obras de arte, incluyendo pintura, escultura, arquitectura y artesanía;
- e. Obras de teatro – incluyendo presentaciones en vivo –, orquestas y otros entretenimientos;
- f. Películas y productos audiovisuales;
- g. Servicios de publicidad;
- h. Radio y televisión;
- i. Diseños, en especial textil, y de indumentaria y calzado.

Algunas estadísticas incluso dividen la industria relevante entre “nuclear”, “parcial” y “contribución”. Se considera que la contribución de actividades basadas en propiedad intelectual al PBI<sup>29</sup> fue de 6.1% entre 1981/82 y 1985/86, del 4,5% entre 1985/86 y 1991/92, y del 3.3% entre 1999/2000.<sup>30</sup> Hay quienes han sostenido que debería ser de 5.5% en el periodo 1996/2000.<sup>31</sup> La

<sup>28</sup> Cfr. STANFORTH RICKETSON y CHRISTOPHER CRESWELL: *The Law of Intellectual Property: Copyright, Designs & Confidential Information*, Lawbook Co. (2nd. Ed.), 2002 (Update 24 Nov. 2006), pp. 3-2052 ss.

<sup>29</sup> Cfr. H. GULDBERG y E. CANDI: *Copyright: An Economic Perspective*, Australian Copyright Council, Sydney, 1987 (1987 & 1993 Study).

<sup>30</sup> Esta es la opinión del Allen Consulting Group, véase: Allen Consulting Group: *The Economic Contribution of Australia's Copyright Industries*, Australian Copyright Council and the Centre for Copyright Studies, Sydney, 2001.

<sup>31</sup> El índice de crecimiento económico en el mismo periodo es 4.85 %.

contribución al empleo fue del 3% en 1985/1986, del 2.78% en 1991, del 2.7% en 1995/1996, y del 3.8% en el 2000.<sup>32</sup> Las industrias de copyright y de DPI en general, ciertamente, pueden tener alto impacto en la sociedad, la economía y la cultura de un país.

El segundo tipo de estrategia es proveer una protección limitada a la propiedad intelectual. Para muchos países en desarrollo es una decisión sin opción. En las sociedades actuales los líderes de todos los países han reconocido el fuerte poder de la propiedad intelectual. Sin embargo, muchos Estados carecen de los recursos suficientes para montar y desarrollar una economía basada en tales recursos, o para tomar medidas fuertes de protección de la propiedad intelectual. La difícil situación en términos de implementación es un factor importante que afecta las negociaciones que se presentan sobre el Acuerdo ADPIC. Es más, hoy por hoy es una razón importante para explicar por qué países desarrollados, tales como Canadá, no protegen su propiedad intelectual en forma plena.

Los países que siguen la primera estrategia de desarrollo de la propiedad intelectual invierten muchísimos recursos en esta tarea. El aporte de la propiedad intelectual a la sociedad, la economía y la cultura es por lo tanto de suma importancia. En estos casos se advierte un firme propósito de proteger la propiedad intelectual. Dado que la propiedad intelectual ha ocupado una posición importante en los modelos de vida básicos y en los patrones de crecimiento económico de los países más desarrollados, es “casi imposible”<sup>33</sup> bajar el nivel de protección de los DPI también a nivel mundial. Más bien se puede advertir de la tendencia general de la protección de los DPI en estos países, que la perspectiva de protección de los DPI se hace internacionalmente más y más estricta.

Bajo la segunda estrategia de desarrollo de una economía intelectual, los países en desarrollo y algunos países desarrollados sólo llegan a tomar

<sup>32</sup> GULDBERG/CANDI, cit. nota 29.

<sup>33</sup> 郑成思 (ZHENG CHENGSI), “信息知识产权与中国知识产权战略若干问题” (*Algunas cuestiones sobre la Propiedad Intelectual de Información y la estrategia china de DPI*), 《环球法律评论》, No. 3, 2006.

medidas duras en las formas más serias de delitos contra la propiedad intelectual, debido a la escasez de recursos para la implementación de tal protección. En tanto bajo esta estrategia de protección limitada la protección sea sin embargo suficiente y acorde con los requisitos de los tratados internacionales, especialmente del Acuerdo ADPIC, se supone que otros países no tendrán derecho a presentar ningún tipo de quejas. Sin embargo, China debería ver claramente las ventajas y desventajas que puede acarrear este modelo, en caso de ser escogido.

El argumento de que la piratería de propiedad intelectual pone al alcance de los consumidores la obra de otros en forma sencilla y expedita a bajo costo, no puede seguir sosteniéndose si se reconoce la naturaleza de *propiedad* de la propiedad intelectual. De hecho, este argumento ya ha perdido validez para explicar la piratería de propiedad intelectual. En las negociaciones internacionales, los países en desarrollo nunca usan este argumento para sustentar sus puntos de vista. Estar de acuerdo con este argumento sería lo mismo que estar de acuerdo con la legitimidad del robo, es decir, pondría en cuestión la idea misma de que sea necesario combatir la piratería de derechos de propiedad intelectual. El pirata no sería un infractor, sino un hombre virtuoso! Aceptar este argumento implicaría confundir lo bueno con lo malo, y dejaría al villano libre de cargos y en condiciones de ganar dinero con la piratería.

El daño más serio que un país sufrirá por tolerar la piratería de propiedad intelectual en su política estatal es que va a eliminarse a sí mismo de una competencia moderna e innovadora. El objeto de la propiedad intelectual es de difícil desarrollo y de fácil reproducción. Si un Estado tolera la piratería de propiedad intelectual, los propietarios de propiedad intelectual extranjeros, que en este momento son relativamente fuertes, no estarán en condiciones de obtener un beneficio legal en ese país; al mismo tiempo, los propietarios de propiedad intelectual nacionales, que en este momento son relativamente jóvenes, quedarán hundidos. A largo plazo, los propietarios de derechos de propiedad intelectual extranjeros seguirán desarrollándose bajo la fuerte protección de sus derechos en sus propios países y en el resto del mundo, mientras que los propietarios de

propiedad intelectual nacionales seguirán estando asfixiados. Las medidas extras que los propietarios de propiedad intelectual nacionales tengan que adoptar para proteger sus derechos y poder sobrevivir, van a incrementar sus costos de producción y por lo tanto a afectar su capacidad de competir en el mercado. Gracias al desarrollo de técnicas de protección de la propiedad intelectual, especialmente en las áreas de productos de computación y audiovisuales, los importantes productos de información de este país – que fueron desarrollados en base a la piratería de copyright – se van a encontrar a menudo en una situación insegura debido al corto alcance de la protección de la producción de calidad. Sin un ambiente confiable para la información y la técnica, ¿cómo se puede llevar adelante cualquier tipo de innovación?

Desafortunadamente, lo que se puede ver hoy en día es el hecho de que la piratería de copyright puede acercarse en forma sencilla y rápida a obras protegidas a los consumidores, a bajo precio, mientras que el peligro de que un Estado sea eliminado de la competencia en innovación es algo que recién podrá advertirse en el futuro. En los países en desarrollo, donde la industrialización todavía no ha tenido lugar realmente, la *ideología de granjero* está en boga. Piénsese la siguiente situación: en una zona campesina bien simple, ¿quién se enojaría porque otro haya tomado una manzana que es extremadamente fácil de obtener? Si adujera que va a entrar en bancarrota por tal hecho, los otros campesinos pensarían que está exagerando ¡y tendrían toda la razón! En el caso donde el propietario de la manzana no es local, la situación se pondría más difícil. En una sociedad en desarrollo, la víctima de un caso de violación de DPI a menudo se verá condenada y despreciada. Esto suele causar dificultades políticas y sociales para la implementación de los DPI en países en desarrollo, así como para la obtención de recursos y el apoyo social.

Sin embargo, si China no avanza y, por el contrario, disminuye el nivel actual de protección de los DPI, el futuro podría verse como lo ha planteado un excelente académico chino: China va a perder la competencia técnica básica con países extranjeros en los ámbitos de la ciencia y la tecnología, y tendrá cada vez menos obras de

excelencia creadas por su propia cultura. En verdad, un país no va a ponerse al día con países desarrollados en términos de poder económico si sólo se fía de la acumulación de bienes tangibles. China tiene que promover la acumulación de bienes intangibles para así, esperemos, hacer posible la concreción del “rejuvenecimiento nacional”.<sup>34</sup>

Parece lógico que la estrategia china de desarrollar la propiedad intelectual y la protección de los derechos de propiedad intelectual debería ser adecuada para el beneficio nacional a largo plazo, implementando políticas en el momento necesario y evaluando la situación. ¡De este modo se procuraría que la majestuosa promesa de que el sistema chino de protección de los DPI “logre un alcance y estándares internacionales”<sup>35</sup> pueda cumplirse!

### III.b. Opciones internacionales para la ley penal de propiedad intelectual

De todos modos, toda ley penal de propiedad intelectual de un Estado parte debería estar en concordancia, por lo menos, con los requisitos del Acuerdo ADPIC en el contexto de los tratados internacionales. De acuerdo con la situación mundial, podemos explorar las opciones disponibles para una ley penal de propiedad intelectual en cuanto al objeto de protección de la ley, la conducta prohibida, el aspecto subjetivo, el requisito de la “escala comercial” y la sanción penal.

#### III.b.1. Objeto y conducta de los delitos de Copyright

Como condición obligatoria, el Acuerdo ADPIC requiere que los Estados parte sancionen como delito a la piratería de copyright. No obstante, la prohibición por ley penal de otras infracciones a los derechos de propiedad intelectual no está en contra del Acuerdo.

No hay una discusión importante sobre el significado básico de la piratería de copyright bajo el contexto de copyright, es decir, la reproducción no autorizada e ilegal o la

<sup>34</sup> 郑成思, cit. nota 33.

<sup>35</sup> Véase “Legal Document of China’s Participation in WTO”, en la Ley del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular de la República Popular China, Número especial, 2002, p. 773.

distribución de materiales protegidos por la ley de copyright.<sup>36</sup> A fin de proteger efectivamente la propiedad intelectual y los intereses de los respectivos Estados, se ha llevado adelante en los distintos ordenamientos penales nacionales de protección de los DPI una expansión en distintos grados, partiendo de la prohibición central de la piratería de copyright.

En cuanto al *objeto de protección* de las leyes penales de protección de DPI, habitualmente se observa una protección completa. En general, se establece una protección especial para el software de computación y los productos audiovisuales, generalmente mediante disposiciones penales específicas o incluso mediante sanciones específicas establecidas en regulaciones especiales. Sin embargo, en muchos Estados aún no están explícitamente regulados en las leyes penales de protección de DPI objetos que fueron desarrollados más recientemente, tales como las bases de datos, las obras en la web, las medidas técnicas y administrativas para la protección de copyright, e incluso varias formas de derechos relacionados.

Con respecto a la *conducta delictiva*, cada Estado ha intentado enumerar todas las tipos posibles de acción que podrían constituir piratería de copyright, en tanto que algunos Estados (como por ejemplo Alemania) incluso disponen explícitamente sanciones penales para la preparación o tentativa de la piratería. La expansión de la conducta podría ser vista en términos de método (por ejemplo Canadá prohíbe la piratería de señales satelitales), de instrumentos (por ejemplo el Reino Unido y Australia prohíben la posesión de equipamiento para la producción de copias en infracción), etc.

Cualquier prohibición de piratería de copyright indirecta ciertamente va a aumentar el nivel de protección de los DPI, pero también los costos de su implementación. Sin embargo, esta protección extendida no es obligatoria según el Acuerdo ADPIC. Los Estados Partes pueden decidir discrecionalmente de acuerdo con su propia estrategia de protección.

<sup>36</sup> Véase BRYAN A. GARNER (Ed.): *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, (8va. ed.) 2004, p. 1186.

### III.b.2. Aspectos subjetivos de los delitos de copyright

En cuanto al aspecto subjetivo de los delitos de copyright lo que el Acuerdo ADPIC exige es la voluntad, es decir, dolo. Es suficiente con tener un dolo indirecto sin propósito criminal. Los siguientes son distintos modelos relativos al aspecto subjetivo, según distintos ordenamientos nacionales de protección penal de los DPI:

*Primero:* La mayoría de los Estados prevén el *dolo* sin que se requiera de propósito especial para el delito de piratería de copyright.

*Segundo:* Algunos Estados (como Argentina) requieren del *dolo específico* para el delito de piratería de copyright.

*Tercero:* Algunos Estados requieren de propósito específico para otros delitos diferentes de la piratería de copyright.

*Cuarto:* Algunos Estados (por ejemplo Alemania) prevén el delito *culposo* de piratería de copyright.

*Quinto:* Algunos Estados y regiones (tales como Australia y Hong Kong) disponen de *responsabilidad objetiva* en delitos de copyright.

*Sexto:* Gran Bretaña no prevé el término “con fines de lucro” (“for profit”) en su legislación, pero requiere que la conducta prohibida cumpla condiciones tales como “para la venta o alquiler” (“for sale or hire”), “en el transcurso de los negocios” (“in the course of business”), “en el curso de los negocios con vistas a...” (“in the course of a business with a view to...”), o “sabiendo o teniendo motivos para creer que es utilizado para realizar copias prohibidas para venta o alquiler o para uso en el curso de negocios” (“knowing or having reason to believe that it is to be used to make infringing copies for sale or hire or for use in the course of business”).

El modelo *Segundo* parece inconsistente con los requisitos del Acuerdo ADPIC. El modelo *Cuarto* pareciera conducir muy fácilmente a una protección excesiva del copyright. El modelo *Sexto*, en cambio, resulta muy atractivo. El requisito de “en el curso de los negocios” obviamente necesita de un fin de lucro, sin embargo no está enumerado en el texto de la ley, de modo que no se presenta el problema de analizar si la ley está contradiciendo el Acuerdo ADPIC o no. En tanto el sistema legal lo permita,

hace posible una dedicación reflexiva a las infracciones relevantes.

### III.b.3. El requisito “a escala comercial”

¿Toda infracción de copyright debería ser sancionada mediante la ley penal, o únicamente ciertos tipos de conductas? El resultado de las negociaciones y discusiones sobre este tema fue que el Acuerdo ADPIC dispone como límite mínimo de protección el que haya responsabilidad criminal cuando se trate de “escala comercial”.

Por este motivo, el qué se entiende por “escala comercial” deviene un tema central cuando se estudian la ley penal de copyright nacionales. De acuerdo con el estado de cosas a nivel mundial, los principales modelos en cuanto a la “escala comercial” (que se suman a otras circunstancias para constituir las infracciones de copyright) son los siguientes:

*Primero:* La ley penal de copyright no dispone una regulación relativa a la “escala comercial”. En la teoría y en la ley, una pieza en infracción es suficiente para constituir el delito de copyright, por ejemplo, en Francia. En este modelo, la “escala comercial” normalmente es una condición para una sanción más dura, especialmente en Australia.

*Segundo:* La ley penal de copyright requiere de la denuncia para el inicio de la investigación, ya sea siempre (como en Alemania) o parcialmente (por ejemplo Taiwan dispone una excepción para reincidentes habituales e infracciones de derechos personales de copyright cuando el propietario del derecho está muerto o muriendo).

*Tercero:* La ley penal de copyright dispone de montos o condiciones especiales. Por ejemplo, Estados Unidos dispone que si el infractor no actúa para obtener una ventaja comercial o un provecho financiero privado, debería ser considerado culpable sólo si reproduce o distribuye, durante un período de 180 días, una o más copias de obras protegidas con un valor (minorista) total mayor a los u\$s 1000. El Reino Unido requiere que las infracciones que constituyen piratería de copyright sean “en el curso de los negocios”. Hong Kong evalúa la incorporación de una disposición en el sentido de que para trabajos de copyright en diarios, revistas y publicaciones periódicas (excluyendo revistas

académicas), no se apliquen las sanciones penales aplicables a la copia y/o distribución comercial a consumidor final, si el número agregado de copias infractoras destinadas a la distribución o distribuidas no excede de las 1000 copias en un período de 14 días; y en cuanto a los derechos intelectuales de libros (incluyendo revistas académicas), considera establecer que la ofensa no quede constituida si el valor total minorista de las copias infractoras destinadas a la distribución en un período de 180 días no excede de \$ 8000.

*Cuarto:* La ley penal de protección de los derechos intelectuales que se refiere a la “escala comercial” únicamente se implementa respecto de la “infracción comercial por parte de importadores, productores y distribuidores”, lo que conlleva menor atención a la implementación de la ley respecto del mercado minorista, “si bien podría ser un medio útil de acceder a las infracciones más serias de piratería de copyright”, tal como es en Canadá.

*Quinto:* La ley penal de protección de los derechos intelectuales generalmente requiere “daño flagrante” y un “monto relativamente alto”, o dispone que los casos que impliquen una infracción a gran escala deben ser tratados en procesos criminales. De todos modos, estos conceptos no están claramente definidos, como sucede en Rusia y en Corea.

*Sexto:* Las leyes penales de copyright explícitamente establecen que la escala comercial se refiere a “la comisión reiterada de un acto con la intención de hacer de ella una fuente continua de ingresos por un período de tiempo y en una cierta medida”. Tal es el caso de Alemania.

De acuerdo con la práctica internacional, puede decirse que son los modelos con las regulaciones más precisas respecto de la escala comercial los que resultan más efectivos en su tarea disuasiva. Los modelos con una regulación menos precisa, tal como el modelo *Quinto*, quedan claramente más expuestos a la crítica internacional.

### III.b.4. Regulación de la sanción

Hay tres aspectos centrales entre los requisitos del Acuerdo ADPIC respecto de la sanción de tipos delictivos para la protección de los DPI: el primero es la disuasión suficiente; el segundo es que las sanciones sean multa o prisión, o ambas; y el tercero es la concordancia con las penas aplicadas a delitos de una gravedad similar.

En cuanto a la sanción de la piratería de copyright, “los delitos de una gravedad similar” se refieren generalmente al robo. Es común internacionalmente que la sanción por robo sea de alrededor de cinco años de prisión, y puede alcanzar un máximo de 10 años en los EE.UU. Estos parámetros son en general acordes con el requisito del Acuerdo ADPIC. Respecto a la práctica de la protección de los derechos intelectuales en el mundo, la cuestión central reside en que haya una sanción siempre que haya una infracción. Esto no significa que se requiera una sanción extremadamente dura. Está comprobado que el mero aumento del máximo de las escalas penales no es suficiente a los fines de la disuasión. Más bien la disminución del límite para la persecución de delitos de copyright es una forma básica de lograr mayor efectividad en la disuasión.

Es cierto que en la actualidad en la mayoría de los casos los delitos de copyright prevén penas de multa. Pero, obviamente, la sola imposición de penas de multa, y no de penas privativas de la libertad, no parece ser suficientemente efectivo. La forma más económica y efectiva de disuadir este tipo de delitos es más bien la imposición de multas con la posibilidad de la imposición conjunta de una pena de prisión.

## IV. La situación de la ley penal china de copyright en relación con la situación internacional

La situación de la ley penal china de copyright en el mundo puede entenderse si se analizan su estado actual y su tendencia a futuro.

### IV.a. Situación actual de la ley penal china de copyright

China es el país en desarrollo más grande del mundo y a la vez un país de grandes logros en términos de desarrollo social y económico en los últimos 20 años. Hoy en día China “considera su estrategia de protección de la propiedad intelectual a la misma altura que su estrategia nacional de innovación, y pone gran atención en ambas”. Sin embargo, si se la compara con otros países, la nueva China comenzó con la protección de los DPI relativamente tarde. Así, “es bastante



reciente el énfasis que se pone en la propiedad intelectual”.<sup>37</sup>

Es importante tener presente, sin prejuicios, que la ley penal china de copyright ya se ha establecido, y está haciendo progresos significativos. En el primer *Código Penal* de la nueva China en 1979, el copyright todavía no era objeto de protección de la ley penal. Con posterioridad fue promulgada la *Ley de Copyright*, en 1990, y el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo comenzó a utilizar la ley penal como medio de protección de los DPI al promulgar la *Decisión sobre la sanción de los delitos de violación del copyright*, en 1994. En el *Código Penal revisado* de 1997 el delito de infracción al copyright y el delito de venta de reproducciones infractoras devino una parte importante de la Sección 7 sobre “Crímenes en infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en el Capítulo III “Crímenes de socavamiento del Orden Económico del Mercado Socialista”. En concordancia con estas leyes y regulaciones se publicaron diversas “explicaciones” judiciales<sup>38</sup>, estableciendo detalladamente las condiciones de persecución de las infracciones al copyright. La ley penal de copyright actual presenta las siguientes características:

*Primero:* Los objetos protegidos por la ley penal de copyright son obras de distinta naturaleza, a las cuales se les reconocen derechos intelectuales. Las obras específicamente enunciadas en el Código Penal son las obras escritas, musicales, cinematográficas, televisivas, de video, software informático, libros con derechos exclusivos de publicación, fonogramas y videogramas, y obras de arte. Además, el Código Penal explícitamente prohíbe la venta con fin de lucro de las reproducciones infractoras especificadas en la ley. *Segundo:* Las penas especificadas en la ley penal de copyright no superan el máximo de tres años

<sup>37</sup> Véase

2006年9月5日温家宝在接受五家欧洲媒体联合采访时的讲话 (Discurso de Wen Jiabao en la entrevista dada conjuntamente a cinco medios europeos el 5 de septiembre de 2006): “中国对知识产权保护定能‘像钢铁一样硬’”(“La protección de los DPI en China tiene que llegar a ser tan dura como el acero”).

<sup>38</sup> Sobre las “explicaciones judiciales” en general véase SHIZHOU WANG: “The Judicial Explanation in Chinese Criminal Law”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XLIII, Fall 1995, Nr. 4.

de prisión o de detención penal para los casos ordinarios, y se prevé en forma concurrente o independiente la multa. Para los casos más serios la pena puede alcanzar los 7 años de prisión, concurrente con multa.

*Tercero:* Los delitos de copyright sólo pueden ser cometidos en forma intencional y “con fin de lucro”.

*Cuarto:* El carácter básico de los delitos de copyright en términos de conducta es reproducir, distribuir, e incluso transmitir “sin el permiso del propietario del copyright”.

*Quinto:* La infracción del copyright no debería constituir un crimen salvo que el monto de las ganancias ilegales sea relativamente alto o estén dadas otras circunstancias de gravedad.

*Sexto:* De acuerdo con las explicaciones judiciales pertinentes, el “monto relativamente alto” y las “circunstancias de gravedad” se definen de acuerdo a las siguientes pautas: En primer lugar, la *cantidad de infracciones*. La Corte Suprema del Pueblo exige que el infractor sea condenado, si “infringe el copyright nuevamente luego de habersele considerado responsable en el ámbito administrativo o civil más de dos veces por infracción del copyright”<sup>39</sup>. Con posterioridad la Corte Suprema del Pueblo sumó el requisito de que la nueva infracción al copyright debería ser “dentro de los dos años siguientes a que la declaración de responsabilidad administrativa o civil fue declarada por más de dos veces”<sup>40</sup>. En segundo lugar, las *ganancias ilegales* (por ej. el monto de los beneficios). El requisito de la Corte Suprema del Pueblo sobre este monto era de 20.000 RMB<sup>NT</sup> para individuos y de 100.000

<sup>39</sup>1995年最高人民法院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定〉若干问题的解释》第二条第一款 (Art. 2, párr. 1, Explicación de algunas cuestiones en la aplicación de la “Decisión del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular sobre la sanción de los delitos de infracción de copyright”, tratado por la Corte Suprema del Pueblo, 1995).

<sup>40</sup>1998年最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第一款 (Art. 2, párr. 1, Explicación de algunas cuestiones sobre la “Audencia de casos penales relativos a Publicación Ilegal” de la Corte Suprema del Pueblo, 1998).

<sup>NT</sup> La relación entre el renminbi chino (RMB) y el euro es aproximadamente de € 1 = RMB 9.3.

RMB para unidades<sup>NT</sup> en 1995<sup>41</sup>, el cual se incrementó a 50.000 RMB para individuos y 200.000 RMB para unidades en 1998<sup>42</sup>, disminuyéndose a 30.000 RMB en 2004<sup>43</sup>. En el año 2007 la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo sumaron a esto, conjuntamente, que toda persona debería ser sancionada si reproduce y distribuye obras escritas, obras musicales, obras cinematográficas, obras de televisión, obras de video, software informático, y otras obras, y la suma agregada de las copias infractoras excede las 500 piezas<sup>44</sup>. En tercer lugar, el *comercio ilegal*. El requisito de la Corte Suprema del Pueblo sobre este monto era de 10.000 RMB para individuos y de 500.000 RMB para unidades en 1995<sup>45</sup>, el cual se incrementó a 20.000 RMB y 1.000.000 RMB respectivamente en 1998<sup>46</sup>, y decreció a 50.000 RMB en 2004<sup>47</sup>. En cuarto lugar, el principio de *combinar persecución privada y pública*. Para casos penales de infracción del copyright perseguidos por las víctimas, si hay suficiente

<sup>NT</sup> El concepto legal chino de *unidad* (traducido aquí del inglés “unit”) se refiere a una unidad funcional (dentro de una empresa, de un organismo, etc.), la cual se diferencia de la persona jurídica a la que pertenece, y que puede ser considerada penalmente responsable con independencia de aquella. Un ejemplo es el de un comité ejecutivo, al cual puede imputársele penalmente, por ej., una acción financiera defraudatoria, sin que ello implique la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>41</sup> Véase cit. nota 39, art. 5.

<sup>42</sup> Véase cit. nota 40, art. 2.

<sup>43</sup>

2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条 (Art. 5, Explicación de algunas cuestiones relativas a la aplicación concreta de la ley en casos penales de infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, tratado por la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo, 2004).

<sup>44</sup> 2007年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第一条 (Art. 1, Sobre la Segunda Explicación de algunos temas relativos a la aplicación concreta de la ley en casos penales de infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, tratado por la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo, 2007).

<sup>45</sup> Véase cit. nota 39, art. 2.

<sup>46</sup> Véase cit. nota 40, art. 2.

<sup>47</sup> Véase cit. nota 43, art. 5.

evidencia y la víctima directamente lleva el caso a un Tribunal Popular, éste puede aceptarlo. Sin embargo, casos penales de infracción a los DPI que perjudican seriamente el orden social y los intereses estatales deberían ser perseguidos, según la ley, por la Fiscalía del Pueblo.

De acuerdo con el art. 47 de la Ley de Copyright, el ofensor cuyas infracciones no hayan sido tratadas como “caso criminal” debe contar con la posibilidad de una declaración de responsabilidad civil. Si se perjudican derechos e intereses públicos, el Departamento Administrativo de Copyright puede imponer una sanción administrativa. Cuando las circunstancias sean graves<sup>48</sup>, el departamento mencionado puede, además, confiscar el material, así como las herramientas y los instrumentos principalmente utilizados para producir las copias infractoras.

Resumidamente podría hacerse la siguiente reseña de la ley penal china de copyright:

*Primero:* China ha establecido un sistema básico para la protección de copyright, ha promulgado normativa penal para paliar la piratería de copyright, ha disminuido paulatinamente el piso del estándar económico para que quede constituido el crimen de copyright, y ha cumplido real y seriamente el compromiso asumido al incorporarse a la OMC en cuanto a “realizar el ajuste necesario y disminuir el estándar monetario”<sup>49</sup>. China ha realizado un progreso significativo hacia la “plena implementación de las regulaciones de ADPIC”<sup>50</sup>.

*Segundo:* China sostiene la idea de que “la protección administrativa de obras en forma paralela con la protección judicial se

<sup>48</sup> Aquí las circunstancias graves hacen referencia a: 1. Ganancias ilegales (por ej. en el monto del beneficio) superiores a 5.000 RMB para individuos y 30.000 RMB para unidades; 2. Comercio ilegal de 30.000 RMB para individuos y 100.000 RMB para unidades; 3. Las copias infractoras son 2.000 piezas para sujetos individuales y 5.000 piezas para unidades; 4. Casos de reiteración de una infracción de copyright si previamente había sido declarado responsable por alguna vía; 5. Se provoca otro efecto significativo o resultado grave. Véase el art. 31, *Implementation Methods on Administrative Sanction for Copyright Infringement*, issued by National Copyright Administration, 2003.

<sup>49</sup> Véase cit. nota 35, p. 785.

<sup>50</sup> *Ibid.*

complementan mutuamente”<sup>51</sup>. Esta política ha obtenido grandes logros en cuanto a paliar la piratería de copyright, sin embargo, todavía hay que evaluar si el efecto de “disuasión efectiva de piratería futura”<sup>52</sup> también está teniendo lugar.

*Tercero:* La concordancia de la ley penal china con el requisito del art. 61 ADPIC puede analizarse del siguiente modo: 1. La ley penal china concede protección a obras de distinta naturaleza, que gozan de copyrights; 2. El requisito de “con fin de lucro” previsto en el art. 218 para el crimen de venta de copias infractoras no se contradice con el requisito de ADPIC. Sin embargo, si se contradice con el Acuerdo el mismo requisito en el art. 217 para el Crimen de Infracción de Copyright; 3. La suprema judicatura china ha hecho numerosos ajustes sobre los estándares de monto y sobre las circunstancias que constituyen el crimen de copyright, y los disminuyeron en forma significativa – ampliando de esta manera la posibilidad de aplicación de tal figura –. Sin embargo, la explicación china de “escala comercial”, exigida en el art. 61 del Acuerdo ADPIC, independientemente del monto absoluto o de la disuasión de la piratería de copyright, es difícilmente compatible con la del Acuerdo ADPIC. La Corte Suprema del Pueblo en su explicación de 2007 comenzó a utilizar un nuevo método. Se refiere al número de copias infractoras en lugar de mencionar el monto dinerario, es decir, exige que el número agregado de copias infractoras exceda las 500 piezas. Este es un progreso importante. Sin embargo, la mezcla de obras de bajo valor comercial tales como las obras escritas, con aquellas que tienen un alto valor económico, como las obras cinematográficas o el software informático, es claramente inapropiada si se aplica el mismo modo de cálculo por unidad. De esta manera, el nivel de protección de las obras escritas en el continente podría exceder el nivel que tiene Hong Kong, que requiere, por ejemplo, 1000 copias dentro de un período de 14 días para diarios infractores, revistas y periódicos (excluidas las revistas académicas); 4. La ley penal china de copyright establece la escala penal con el máximo más elevado entre los países en desarrollo, incluso más elevado que países desarrollados como Alemania y Francia. Sin embargo, sigue siendo cuestionable su compatibilidad con los

<sup>51</sup> Véase cit. nota 37.

<sup>52</sup> Véase cit. nota 35, p. 785.

requisitos del Acuerdo ADPIC en cuanto a que sea “consecuente con los niveles de las sanciones aplicadas a crímenes de gravedad similar”.

#### IV.b. Consideración sobre el desarrollo a futuro de la ley penal china de copyright

De frente a la tendencia intencional actual de la protección de copyright y considerando el contexto chino contemporáneo, el autor sugiere la siguiente dirección para el desarrollo de la ley penal china de copyright: una disminución gradual del límite monetario para las ofensas de copyright, la aplicación plena de las normativas del Acuerdo ADPIC y la expansión apropiada de su ámbito de protección.

Las dos primeras medidas, la disminución gradual del límite para las ofensas de copyright y la aplicación plena de las normativas del Acuerdo ADPIC, son compromisos asumidos por China cuando se incorporó a la OMC, y se refieren a la protección de la propiedad intelectual mediante sanciones penales. En cuanto a paliar la piratería de copyright, las tareas pendientes para China en término de la disminución de los límites son dos: 1) Cancelar el requisito de que los crímenes en infracción de copyright deban ser cometidos “con fin de lucro”, 2) Disminuir gradualmente el estándar monetario para la persecución de la piratería.

En lo que concierne al aspecto subjetivo del crimen de infracción de copyright, lo que el Acuerdo ADPIC exige es únicamente voluntad o intención, es decir que no sólo dolo directo, sino que también el dolo indirecto debería ser suficiente. Por lo tanto, la regulación de la ley penal china debería ser revisada, dado que actualmente el crimen de infracción de copyright sólo queda constituido cuando existe “el fin de lucro”, es decir, sólo cuando se actúa con dolo directo. El autor considera que hay tres modelos que podrían utilizarse como referencia: 1. Basarse en la experiencia de la mayoría de los Estados, cancelar el requisito del propósito criminal y aceptar que el dolo indirecto es suficiente para el crimen de copyright; 2. Basarse en la experiencia del Reino Unido y exigir (como una condición general para la constitución del crimen de infracción de copyright) la condición objetiva “en el curso de los negocios” para reemplazar la

condición subjetiva “con fin de lucro”. Este modelo también podría conducir a que se sancione en China la piratería de copyright sin propósito criminal, lo cual estaría de acuerdo con los requisitos del Acuerdo ADPIC; o 3. basarse en la experiencia de EE.UU. y exigir por una parte el propósito de ventaja comercial o ganancia financiera privada y, por otra, que cuando no exista tal propósito criminal sea suficiente tener un cierto número de copias infractoras por encima de un cierto monto monetario para que quede constituido el crimen de copyright.

Si se dispusiese otro tipo de requisitos subjetivos el ordenamiento chino quedaría fácilmente expuesto a la crítica internacional debido a sus bajos estándares, o no sería apropiado para China debido a sus altos estándares. Así y todo, China debería considerar adoptar alguno de estos modelos de acuerdo a sus necesidades y a la posibilidad de desarrollo futuro.

Con respecto a la disminución del estándar monetario para la persecución de piratería de copyright, el estándar chino actual (que exige 30.000 RMB para ganancia ilegales, 50.000 RMB para comercio ilegal o 500 piezas de copias infractoras) se encuentra por una parte en los niveles más altos en términos de monto absoluto entre los Estados que hemos investigado. Por otra parte, no es acorde con el requisito de “consistentemente con el nivel de sanciones aplicadas por crímenes de gravedad similar”, es decir, difiere demasiado de la sanción por robo. Ahora bien, desde que no hay un modelo unificado a nivel mundial respecto de la “escala comercial”, y dado que ninguno de los modelos existentes en otros Estados se ajusta del todo a la situación en China, el autor sugiere crear un modelo chino de “escala comercial” tomando la experiencia de cada Estado de referencia. En detalle, este modelo debería contener los siguientes puntos centrales:

*Primero:* Debería estipularse que “las ofensas reiteradas, la piratería voluntaria y la falsificación” constituyen un crimen sobre la base de los compromisos asumidos por China al ingresar en la OMC. Asimismo, deberían establecerse causas excluyentes de la responsabilidad penal – acorde con la experiencia de países como Australia.

*Segundo:* Deberían establecerse en forma diferenciada estándares de montos para las respectivas obras protegidas, utilizando términos dinerarios, temporales y de cantidad, y manteniendo concordancia con las sanciones previstas para delitos de gravedad similar, tomando como base las experiencias de EE.UU. y Hong Kong.

*Tercero:* Debería establecerse el orden de prioridad de la protección de copyright con base en la experiencia de Canadá, enfocándose principalmente la protección de los DPI con alto valor comercial o económico que por su relevancia son fomentados por el Estado, o con valor significativo para la investigación científica, especialmente, por ejemplo, el software informático y las obras audio-visuales.

*Cuarto:* Podría establecerse el principio de acción privada para la persecución de ofensas de copyright, con base en la experiencia de Alemania. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en este país, los órganos de seguridad pública deberían tener la obligación de llevar adelante las investigaciones iniciadas por denuncia de las víctimas, incluso si el monto de daño alegado no ha alcanzado el estándar que constituye una ofensa de copyright.

Dentro de este modelo, el estándar monetario para que quede constituido el crimen debería contemplar las siguientes categorías: 1. Obras con valor económico claramente elevado, tales como software para computadoras y obras audio-visuales; 2. Obras con limitaciones temporales especiales, tales como impresiones, diarios, revistas y periódicos; 3. Obras con un reducido número de lectores u obras que requieren de conocimientos especiales para su reproducción, tales como un libro u obras de arte, como las pinturas; 4. Otras obras. Por supuesto que el estándar monetario que se establezca debe tomar en consideración que estamos en la era de internet.

La necesidad de distinguir estas obras en términos de monto monetario, período de tiempo y piezas o unidades es obvia. De acuerdo con el Acuerdo ADPIC, la protección mediante la ley penal no debería estar prevista únicamente para cuando ya se causaron grandes perjuicios a los propietarios de los DPI, sino que debería también debería poder disuadir “en forma efectiva la piratería de

copias en el futuro”<sup>53</sup>. La exigencia de la “escala comercial” como requisito para que queden constituidas las ofensas de copyright en China no debería provocar que “muy pocos casos alcancen este nivel porque el estándar monetario para iniciar el proceso penal es muy alto”<sup>54</sup>.

Sin embargo, si se reformase la ley, es práctico y realista decir que la ley penal china de copyright sólo puede asumir un nivel acorde con el estándar del Acuerdo ADPIC, ya que se ha comprometido a “aplicar plenamente la normativa de ADPIC”. Teniendo en cuenta las necesidades de las estrategias chinas en derredor de la propiedad intelectual y la innovación nacional, y comparando la situación de China con la ley penal de copyright de ciertos países en desarrollo, tales como India, hay que reconocer que todavía tenemos un largo camino por andar hasta elevar el estándar de protección de los DPI mediante la ley penal. Tratándose de un país en desarrollo muy grande, está claro que por mucho tiempo China seguirá estando escasa de recursos para la implementación y protección de los DPI. Sin embargo, al promover el desarrollo de la protección internacional de los DPI, es muy posible que el país se haga aportes favorables a sí mismo y a los demás países en desarrollo. Es necesario evaluar seriamente el ámbito de protección legal de los DPI en China, en incluso en el mundo.

La expansión apropiada del ámbito de protección legal es una idea central en las investigaciones contemporáneas dedicadas a la propiedad intelectual en los países en desarrollo.<sup>55</sup> Teniendo esto en cuenta, la ley de copyright debería proteger no sólo el “flujo” de propiedad intelectual (como se hace mediante las obras, patentes y marcas registradas), sino también la “fuente” de tales logros. Dentro del ámbito de este artículo podrían mencionarse al menos la “literatura y arte populares” bajo la categoría de “conocimiento tradicional”<sup>56</sup>. Obviamente, “es extremadamente injusto para la gente del lugar donde tienen su origen... tomar esta literatura y estas artes populares con fines de lucro sin

ninguna compensación a cambio”<sup>57</sup>. Hoy en día en algunos países desarrollados y en los tratados internacionales se le está prestando atención a la protección de esta parte de la propiedad intelectual<sup>58</sup>. Si China pudiese utilizar su ley doméstica para proveer protección primaria, esto generaría una fuerza conductora para el desarrollo de una ley internacional de DPI. Así, esta dirección en la legislación sería altamente significativa, ya que mejoraría los niveles de contribución de la propiedad intelectual para el modelo de vida básico de la sociedad china y “cambiaría el modelo de crecimiento económico”<sup>59</sup>.

En China ha habido grandes cambios y el mundo también está en un proceso de cambio. En el ámbito de la ley penal, nosotros los chinos estamos cada vez más confrontados con cuestiones que sabemos – por análisis racional – que se supone que debemos abordar, pero que algunos de nosotros todavía sienten como bastante lejanas y ajenas. ¿Deberíamos realmente “seguir nuestros sentimientos”? ¿O deberíamos actuar cuando lo pensamos siguiendo la máxima de que “la cognición debe preceder a la aplicación”<sup>60</sup>? Los especialistas chinos que están trabajando en las áreas legislativas, judiciales y teóricas deberían tomar su decisión sobre estas formas de pensar, definiendo si prefieren sociedades placenteras o sociedades industrializadas. La ley penal de copyright podría ser el primer paso de la puesta en práctica de tal decisión.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Véase GERVAIS, cit. nota 1.

<sup>60</sup> “Dem Anwenden muss das Erkennen vorausgehen“, del Prof. Dr. Max Planck, famoso físico alemán, en: Frankfurter Societaets-Druckerei GmbH & Auswartigen Amt, Berlin, Deutschland, D Nr. 4/2006, p. 59.

## RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO Y DEL TÉCNICO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES\*

José Miguel Zugaldía Espinar\*\*

Esteban Pérez Alonso\*\*\*

### I. Introducción.

En sociedades tan complejas y generadoras de riesgos de toda índole como las que nos ha tocado vivir, se hace necesaria una decidida intervención pública para garantizar la prevención de dichos riesgos y la seguridad de los ciudadanos<sup>1</sup>. Las relaciones laborales no son ajenas a esta situación, sino que, al contrario, son una de las principales fuentes de peligro para los que intervienen en dicha actividad social. Prueba de ello la encontramos en el elevado índice de siniestralidad laboral que existe en nuestro país. Así, por ejemplo, en el año 1996 hubo un total de 1.200.000 accidentes laborales, con un saldo de 1.300 muertes y de 10.500 lesiones graves. Se estima que la posibilidad que tiene un trabajador en nuestro país de sufrir una enfermedad o accidente en el trabajo es el doble que la media de los trabajadores europeos: el 62,6% frente al 32,1%.<sup>2</sup>

La trascendencia social de esta problemática es tan grande que ha tenido, incluso, plasmación a nivel constitucional. Así, el art. 40.2 CE establece, como principio rector de la política social y económica, la obligación a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Dicho imperativo constitucional tiene su correlato en el derecho social del trabajador a la garantía de seguridad en el trabajo, como se refleja en el Texto Refundido de la Ley del

\* Este trabajo ha sido publicado en Diez Ripollés *et al*: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Tecnos 2002, pp. 1511-1529.

\*\* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

\*\*\* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

<sup>1</sup> Vid. con amplitud: MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, 2001, pp. 24 y ss.

<sup>2</sup> Vid. BAYLOS GRAU, A. Y TERRADILLOS BASOCO, L. *Derecho Penal del Trabajo*. 2º ed. Madrid. 1997, pp. 103 y 104.

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que les reconoce, como derecho laboral básico, el derecho “a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene” (art. 4.2,d) y, como deber laboral básico, el de “observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten” (art. 5,b). Además, cuando el Estatuto de los Trabajadores establece los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo reitera que “el trabajador en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” (art. 19.1), consignando también, para el propio trabajador, la obligación de “observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene” (art. 19.2). El desarrollo normativo de este derecho-deber de carácter social constitucionalmente comprometido no se ha producido, sin embargo, hasta la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), que constituye la norma básica y esencial en esta materia. Debe quedar claro, no obstante, que esta ley no es tanto desarrollo legislativo del texto constitucional, cuanto cumplimiento de la imperiosa necesidad de adaptar y armonizar la legislación española de seguridad e higiene a la política y normativa comunitaria, especialmente dinámica, en materia de prevención de riesgos laborales.<sup>3</sup> En especial, cabe destacar la Directiva 89/391/CEE, adoptada el 12 de junio de 1989 por el Consejo Europeo, “relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo”, conocida ya como “Directiva Marco” en esta materia. Al mismo tiempo debe advertirse que también se ha aprovechado la promulgación de la LPRL para incorporar en ella muchas prescripciones contenidas en diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia, que han venido siendo ratificados por España, en los que se responde al compromiso adoptado en la Declaración de Filadelfia de fomentar programas para “proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”. En este contexto cabe destacar los Convenios número 28,

<sup>3</sup> En este sentido: CORDERO SAAVEDRA. *La responsabilidad empresarial por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales*. Revista española *Derecho del Trabajo*. Nº. 83. 1997, p. 419.

32, 43, 45, 62, 115, 120, 134, 139, 148 y, muy especialmente, el Convenio de la OIT nº 155, de 22 de julio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo.<sup>4</sup>

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley 31/95 constituye la piedra angular en el sistema español de prevención de riesgos laborales. Como señala en su Exposición de Motivos, “la presente Ley tiene por objeto la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, y ello en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales”. En efecto, una política que responda a estas directrices no se consigue solo mediante el reconocimiento de derechos en materia de salud y seguridad a los trabajadores, sino estableciendo garantías a tales derechos mediante la imposición de las correlativas obligaciones empresariales en esta materia y, sobre todo, acompañándola de un sistema compulsivo que sancione los incumplimientos de tales obligaciones.<sup>5</sup>

El sistema de responsabilidades establecido en nuestro ordenamiento jurídico para reaccionar contra el incumplimiento de los deberes de protección frente a los riesgos laborales resulta bastante completo, estructurándose sobre un doble orden: público y privado.<sup>6</sup> La

<sup>4</sup> Vid. TOLOSA TRIBIÑO, C. *La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Actualidad Laboral*. Nº 17. Tomo I. 1996.

<sup>5</sup> En este sentido, vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*. La Ley. Tomo II. 1996, p. 1672.

<sup>6</sup> Vid. PÁRAMO MONTERO, P. *Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Relaciones Laborales. II. 1996, pp. 218 y ss.; TOLOSA TRIBIÑO, C. *La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Actualidad Laboral. Nº 17. Tomo I. 1996, pp. 365 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., pp. 420 y ss.; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos en prevención de riesgos laborales*. Aranzadi Social. 1998; pp. 437 y ss.

responsabilidad de carácter público puede desdoblarse, a su vez, en responsabilidad administrativo-laboral, por la infracción de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales,<sup>7</sup> y en responsabilidad penal, por la puesta en peligro o lesión de la vida o salud de los trabajadores. Desde la perspectiva privada, cabe destacar fundamentalmente la responsabilidad civil reparadora de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los deberes empresariales en esta materia, debiendo añadirse también la responsabilidad disciplinaria laboral que puede exigir el empresario cuando el incumplimiento haya sido realizado por el trabajador técnico en prevención de riesgos laborales.

De entre todo este completo y complejo sistema de responsabilidades, en el presente trabajo nos vamos a ocupar exclusivamente de la responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales<sup>8</sup>, en el entendimiento de que el ámbito de los riesgos laborales –para el Derecho Penal– es un ámbito propio del Derecho Penal económico<sup>9</sup> –entendido en su sentido integrador de sus aspectos dogmáticos y criminológicos<sup>10</sup>– vinculado a la criminalidad en la empresa.

Efectivamente, las empresas pueden entrar en contacto con el Derecho Penal porque actúan con asiduidad dentro de determinados ámbitos de

<sup>7</sup> Sobre este tipo de responsabilidad vid. CORDERO SAAVEDRA, L.: *La responsabilidad empresarial...*, cit., pp. 426 y ss.; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., pp. 438 y 439.

<sup>8</sup> Vid. al respecto, CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., pp. 429 y ss.; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., pp. 443 y ss.; MOLINER TAMBORERO, G. *La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995*, de Prevención de Riesgos Laborales. Actualidad Administrativa. Nº 19, 1996.

<sup>9</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Madrid, 2001, pp. 660 y ss. MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Parte especial. Valencia, 1999, pp. 531 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. TIEDEMANN, K. *El concepto de Derecho económico, de Derecho Penal económico y de delito económico*. CPC. Núm. 28, 1986, pp. 65 y ss.

riesgo que pueden concretarse, en primer lugar, hacia el exterior, por ejemplo, contaminando el medio ambiente (arts. 325 a 327 CP) o atentando contra la salud pública a través de medicamentos y alimentos (arts. 362 a 365). Todo ello conduce al problema de la responsabilidad del empresario como productor (criminalidad de empresa). Pero los ámbitos de riesgo pueden concretarse, en segundo término, hacia el interior para las propias personas que trabajan en y para la empresa. Esto conduce al problema de la responsabilidad del empresario como empleador (criminalidad en la empresa)<sup>11</sup>. Las figuras delictivas vinculadas a este ámbito de actividad pueden consistir tanto en delitos de peligro –de los que el delito propio de omisión y de peligro concreto del art. 316 CP es un ejemplo paradigmático<sup>12</sup>– como en delitos de resultado material (muerte o lesiones del trabajador reconducibles a los arts. 138, 142, 621, 2º, 147, 152, 617 ó 621, 3 CP según en la acción del autor haya concurrido dolo o imprudencia –grave o leve). Debe advertirse, de todos modos que, si además del riesgo prevenido, de la conducta peligrosa (para la generalidad) resulta la lesión de bienes jurídicos (individualizados), estaremos ante dos delitos (uno de lesión y otro de peligro) punibles a través de las reglas generales del concurso ideal dado que se violan dos normas penales: el art. 316 CP que protege el bien jurídico supraindividual institucionalizado del derecho del colectivo de trabajadores a realizar su actividad en condiciones de seguridad e higiene y la que protege la vida y la salud de las personas (en general) frente a acciones que las lesionan. Así, por ejemplo, si como consecuencia de no facilitar el legalmente obligado a ello los medios necesarios para que los trabajadores

<sup>11</sup> En este sentido: BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. En *Curso de Derecho Penal económico*. Madrid, 1998, p. 87. Sobre la distinción “criminalidad de empresa” y “criminalidad en la empresa”, MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. En prensa, p. 12.

<sup>12</sup> Por todos, cfr.: MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 534; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código penal de 1995*. Valencia, 1996, p. 1565; TAMARIT SUMALLA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, 1999, p. 872.

desempeñen su actividad laboral con seguridad, además de poner en peligro la vida de algunos de ellos, determina la muerte de uno de ellos, responderá de un delito doloso del art. 316 en concurso ideal (art. 77) con otro de homicidio por imprudencia. No son de aplicación las reglas del concurso aparente de normas (art. 8 CP) porque ninguna de esas infracciones, por si sola, alcanzaría a valorar el total contenido de injusto del hecho pluriofensivo<sup>13</sup>.

También debe advertirse que a la hora de exigir responsabilidad criminal en el ámbito de la actividad de una empresa (con carácter general, y no solo en el ámbito del delito del art. 316 CP), debe partirse de una premisa fundamental: dado que la empresa constituye una estructura organizada basada en los principios de jerarquía y división del trabajo, es normal que en la misma se produzca un alejamiento entre la decisión delictiva y la ejecución del hecho, con la particularidad de que la conducta ejecutiva del subordinado que realiza el hecho delictivo no siempre va a ser la más relevante para el Derecho Penal (en el sentido de que sancionando solamente al ejecutor del hecho normalmente no

<sup>13</sup> Esta es una de las más trascendentales consecuencias, junto con la irrelevancia del consentimiento, de la condición de la seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo respecto de los clásicos de la vida y la salud de las personas. De esta opinión: MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 542; MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 1999, p. 336; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 1567; SOTO NIETO. *Los riesgos laborales y el nuevo Código Penal*. La Ley. 1997, Núm. 1, p. 1817; ALMEDA VICH. *Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de obras de la construcción*. Actualidad Penal. Núm. 28., 1998, p. 511; NARVÁEZ BERMEJO. *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*. Valencia, 1997, pp. 87 y ss; NAVARRO CARDOSO. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Valencia, 1998, pp. 161 y ss; LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 163. De otra opinión, sin embargo: LASCURAIN SÁNCHEZ. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994, p. 119; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 663.

se va a alcanzar la finalidad político-criminal perseguida por el Derecho Penal). Más importante es el papel de quien está situado jerárquicamente por encima hasta alcanzar a quienes detentan el control de la empresa (Directivos). A ellos, responsables del ámbito de organización por ser los legitimados para configurarlo con exclusión de otras personas, debe alcanzar también, desde luego, la responsabilidad criminal<sup>14</sup>. Con relación al delito del art. 316 CP volveremos sobre este extremo al analizar los problemas de la autoría, que alcanza, desde luego, al empresario, aunque también a todas aquellas personas en la que éste pueda haber delegado su posición de garante “pues si bien es cierto que el acto de delegación constituye una nueva posición de garantía sobre la persona en la que se delega, la delegación en sí no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante.. Por el contrario, el delegante mantiene una posición de responsabilidad residual (resto de su posición originaria de responsabilidad) en la medida en que también retiene algunas competencias. Ello dará lugar a la apreciación de algunas hipótesis de responsabilidad cumulativa del delegante y del delegado, éste último en base a las competencias asumidas (asunción de funciones de control de riesgos) y el primero con base en las competencias retenidas”<sup>15</sup>.

## II. Configuración jurídica de los deberes de prevención de riesgos laborales

El art. 14.1 LPRL reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este derecho supone, lógicamente, la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de

los trabajadores frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber de protección, como señala el art. 14.2 LPRL, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Por tanto, como veremos, la LPRL exige del empresario, como deudor de la seguridad en el trabajo frente a los trabajadores que son sus acreedores en aspecto tan esencial, una actuación que va más allá del mero cumplimiento formal de una serie de deberes y obligaciones empresariales o de la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas.

Con el fin de cumplir con el deber general de prevención que le incumbe al empresario, el propio art. 14.2 LPRL le obliga, además de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, a constituir una organización específica para que la acción preventiva se lleve a cabo de un modo eficaz, conforme a los principios rectores que de dicha acción recoge el art. 15 LPRL. La organización de la acción preventiva depende de múltiples factores como tamaño de la empresa, actividad a la que se dedica, etc. Dicha organización debe ser integrada en la actuación empresarial al mismo nivel y con la misma importancia que la otorgada a otros temas de mayor tradición empresarial.

A la hora de organizar la acción preventiva, el empresario puede recurrir a diversos sistemas que se encuentran plasmados en el Capítulo V de la LPRL. En concreto, el art. 30.1 y 5 LPRL y el art. 10.1 RSP recogen cuatro modalidades de la organización preventiva: a) la asunción personal por el empresario; b) la designación de trabajadores de la empresa; c) la constitución de un servicio de prevención propio; y d) la contratación de un servicio de prevención ajeno. Estas modalidades de organización de la acción preventiva se articulan básicamente en función de la plantilla de la empresa y de la actividad de la misma.

a) Asunción personal por el empresario. En empresas pequeñas, de menos de seis trabajadores, el empresario puede asumir personal y directamente las funciones de prevención de riesgos profesionales en su ámbito de

organización empresarial, salvo en lo que se refiere a las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 30.5 LPRL y art. 11.1 RSP), que se cubrirán mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva (art. 11.2 RSP). Esta posibilidad no es óbice para que el empresario de una pequeña empresa que así lo considere oportuno pueda optar por cualquiera otra de las modalidades de organizar la acción preventiva, ya sea porque haya asumido parcialmente las funciones preventivas o porque quiera delegarlas totalmente. Y ello es posible porque las modalidades de organización son de carácter mínimo, obligatorio e indisponible, lo que no impide que se pueda optar por una modalidad prevista para empresas con una plantilla superior, bien de forma voluntaria o como acuerdo de una negociación colectiva.

Para que el empresario pueda asumir personalmente la actividad preventiva es necesario que se cumplan una serie de requisitos establecidos en el art. 30.5 LPRL y en el art. 11 RSP. En particular, se exige:

- Que se trate de una empresa de menos de seis trabajadores.
- Que las actividades desarrolladas por la empresa no estén incluidas en el Anexo I de Reglamento, es decir, que no aparezca en el listado de actividades especialmente peligrosas o con riesgos específicos.
- Que desarrolle de forma habitual su actividad profesional en el centro de trabajo, por lo que debe tratarse de un empresario persona física.
- Que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con las funciones y niveles de cualificación establecidos en el Capítulo VI del RSP.

b) Designación de trabajadores. El art. 30.1 LPRL y el art. 12.1 RSP permiten al empresario, previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 33.1.b) LPRL), designar a uno o varios trabajadores para que se encarguen de la actividad preventiva en empresas de más de seis y menos de quinientos trabajadores o, cuando se trate de actividades catalogadas de especial riesgo por el Anexo I del RSP, en empresas de más de seis y menos de 250 trabajadores. Si esta designación no

resulta suficiente por la índole de la acción preventiva a realizar, en tal caso deberá ser desarrollada por uno o más servicios de prevención propios o ajenos.

No obstante lo dicho, en virtud del art. 12.2 RSP no será necesaria la designación de trabajadores cuando el empresario haya asumido personalmente la actividad preventiva o cuando haya recurrido a un servicio de prevención propio o bien a un servicio de prevención ajeno.

Por otra parte, hay que tener presente que el empresario no tiene plena libertad para realizar tal designación, por cuanto que los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número según el tamaño de la empresa y los riesgos a que están expuestos los trabajadores (art. 30.2 LPRL). Además, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los arts. 18 y 23 LPRL, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones.

c) Recurso a un servicio de prevención. Las dos últimas modalidades de organización de la acción preventiva pasan por recurrir a un servicio de prevención específico, que puede ser constituido al efecto por la empresa, como un servicio propio, o bien puede concertarse con entidades especializadas ajenas a la empresa (art. 31.1 LPRL).

Dichos servicios aparecen definidos en el art. 31.2 LPRL como “el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y los órganos de representación especializados”.

Para que el servicio de prevención pueda llevar a cabo su labor, el empresario deberá facilitar el acceso a la información y documentación de los arts. 18 y 23 LPRL. De igual modo, debería disponer de los medios apropiados y de un número suficiente de componentes que cuenten con la formación, especialidad, capacitación y

<sup>14</sup> Con extensión vid.: SILVA SÁNCHEZ, J. *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*. En *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 9 y ss; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Cit., pp. 57 y ss; BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., pp. 87 y ss.

<sup>15</sup> Vid. SILVA SANCHEZ. *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*. Cit., pp. 15 y 16.

dedicación precisa (art. 19 LPRL), así como con los recursos técnicos suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar en función de criterios circunstanciales tales como el tamaño de la empresa, tipos de riesgos a los que pueden encontrarse expuestos los trabajadores y distribución de riesgos en la empresa (art. 31.2 y 4 LPRL).

Como elemento definitorio de los servicios de prevención hay que destacar su carácter interdisciplinario (art. 31.4 LPRL), lo que supone la conjunción coordinada de dos o más disciplinas técnicas o científicas en materia de prevención de riesgos laborales (art. 10.3 RSP). Esta exigencia se traduce en la creación de cuatro especialidades o disciplinas preventivas como son: medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y, en último término, ergonomía y psicología aplicada, tal y como se recoge en el art. 34 RSP.

Antes de analizar las dos modalidades de los servicios de prevención, conviene señalar que las funciones de los mismos vienen establecidas en el art. 31.3 LPRL, en donde se dispone que dichos servicios han de estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en lo referente a:

- a) El diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva.
- b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores.
- c) La determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia.
- d) La información y formación de los trabajadores.
- e) La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.
- f) La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.

a') Constitución de un servicio de prevención propio. El empresario puede constituir un servicio de prevención propio cuando lo estime conveniente, pero está obligado a ello en los siguientes supuestos (art. 14 RSP): a) cuando se trate de empresas que cuenten con más de quinientos trabajadores; b) que tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades de especial

riesgo contenidas en el anexo I; y c) que, tratándose de empresas no incluidas en los supuestos anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia de prevención de las Comunidades Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa.

De conformidad con el art. 15 RSP, el servicio de prevención propio ha de constituir una unidad organizativa específica y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo. Deben contar, además, con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa. Los servicios de prevención deben contar, como mínimo, con dos de las especialidades o disciplinas preventivas previstas en el art. 34 RSP, desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar. Las actividades preventivas que no sean asumidas por el servicio de prevención propio deberán ser concertadas con una o más servicios de prevención ajenos.

b') Concertación de servicios de prevención ajenos. La última modalidad de organización de la acción preventiva consiste en concertar tal actividad con una o varias entidades especializadas ajenas a la empresa, consultando para ello con carácter previo a los representantes de los trabajadores (arts. 33.1,b) LPRL y 16.2 RSP), que reúnan los requisitos para actuar como servicios de prevención. En concreto, el art. 31.5 LPRL exige a tal efecto que las entidades especializadas deberán ser objeto de acreditación por la Administración laboral, mediante la comprobación de que reúnen los requisitos que se establecen en el art. 17 RSP. Será necesario, además, un concierto escrito entre la empresa y el servicio que desarrollará la actividad preventiva, cumpliendo con las exigencias establecidas en el art. 20 RSP. Por último, es necesario que cuenten con las instalaciones y los recursos materiales y humanos que les permitan desarrollar adecuadamente la actividad preventiva concertada teniendo en cuenta el tipo, extensión y frecuencia

de los servicios preventivos que han de prestar, así como la ubicación de los centros de trabajo en los que dicha prestación ha de desarrollarse (art. 18 RSP).

Pese a que las empresas pueden recurrir voluntariamente a esta modalidad preventiva, sin embargo, resulta obligatoria la concertación de un servicio ajeno, como señala el art. 16 RSP, en los siguientes casos:

- a) Cuando la designación de uno o varios trabajadores resulte insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no esté obligado a constituir uno propio.
- b) Cuando la autoridad laboral decida que es obligatorio la constitución de un servicio de prevención y no se opte por uno propio, según dispone el art. 14,c) RSP.
- c) Cuando el empresario o el servicio de prevención propio hayan asumido parcialmente la actividad preventiva, en los términos de los arts. 11.2 y 15.4 RSP.

Finalmente hay que señalar, de conformidad con el art. 19 RSP, que los servicios de prevención ajenos han de asumir directamente el desarrollo de las funciones señaladas en el art. 31.3 LPRL, ya apuntadas. No obstante, también cabe la posibilidad de que un servicio de prevención ajeno pueda subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad.

### III. Responsabilidad penal del empresario

La evitación de los riesgos laborales, también en el Derecho Penal, compete y es responsabilidad, en primer lugar, del empresario<sup>16</sup>. En efecto, el empresario es la figura central, la clave de bóveda, de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. El art. 14, 2 de la citada Ley establece como cometido fundamental del empresario el deber de protección de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A tal fin, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores adoptando cuantas

<sup>16</sup> Por todos, cfr. CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1564.

medidas resulten necesarias para la prevención de los riesgos laborales. Además de este deber de protección, el art. 24 de la misma Ley establece una serie de deberes secundarios en el caso de concurrencia en el centro de trabajo de distintas actividades empresariales. Finalmente, el art. 24, 3 de la Ley establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de las normas de prevención de riesgos laborales.

Por consiguiente, con relación al art. 316 CP, si el autor del delito (especial) es "el legalmente obligado" a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con seguridad e higiene, el autor del delito no puede ser otro que el empresario. Pero el delito del art. 316 CP, aparte de un delito especial, es también un delito propio de omisión al que se vincula o asocia un resultado de peligro concreto<sup>17</sup> y que se rige por los principios generales de los impropios delitos de omisión<sup>18</sup>. Por ello, para que el empresario pueda responder penalmente cuando deja de adoptar las medidas que evitarían la situación de peligro (o –respecto de un delito de acción- la realización del peligro en lesión del bien jurídico del trabajador que actuó en situación de riesgo) tienen que darse unos criterios de imputación de esos "resultados" a la omisión del empresario. Unos criterios de imputación son de naturaleza subjetiva y se vinculan al principio de culpabilidad: debe existir dolo o imprudencia respecto del resultado de peligro concreto o de lesión (art. 5 CP). Otros criterios de imputación son puramente normativos y deben permitir afirmar (a través del art. 11 CP) que la omisión del empresario equivale, por provenir de un garante, a la acción de producir el resultado (de

<sup>17</sup> Se trataría "de un tipo de omisión referido a un resultado sin equivalencia comisiva dado que el delito del art. 316 CP no posee una figura paralela que sea ejecutable por vía activa". Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 534.

<sup>18</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios del Derecho Penal*. Madrid, 1997, p. 402; BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., p. 91

peligro o de lesión). Y es que a falta de un precepto específico (puesto que evidentemente no lo es el art. 31 CP), la teoría de los delitos propios de omisión se muestra como la única vía para la imputación del delito cometido en el seno de la empresa a órganos concretos de la misma. El Tribunal Supremo ha tratado este problema en su Sentencia de 23 de abril de 1992 (“Caso de la Colza”) dónde desarrolló una teoría de la posición de garante que es también aplicable a los delitos de peligro concreto a los que pudiera alcanzar la actividad empresarial<sup>19</sup>.

Por consiguiente, resulta necesario preguntarse por el alcance de la posición de garante del empresario. Y aquí la regla debe ser la siguiente: los titulares de los órganos de dirección de las empresas asumen un compromiso de control de los riesgos para los bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que se encuentran sometidos a su dirección, bien en relación con el dominio sobre la causa del resultado o en relación con la idea de la competencia sobre un ámbito de organización. Desde este último punto de vista se entiende que la definición del ámbito de organización puede derivarse de acciones y de medios materiales de despliegue que conduce a los deberes de relación. Estos deberes se refieren al principio de aseguramiento de una fuente de peligros. Dicho con otras palabras: el responsable de un ámbito de organización -que lo es por estar legitimado para configurarlo con exclusión de terceras personas- tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos<sup>20</sup>. Debe adecuar a ello su propia conducta (si asume personalmente el control del riesgo) o la conducta de terceras personas (si delega en otros la prevención del riesgo) sobre las que tenga un dominio efectivo por poder impartirles órdenes de obligado cumplimiento (delegación de la posición de garante). Esto significa, además, que la responsabilidad (acumulativa) del subordinado no puede operar como “barrera de imputación” para

<sup>19</sup> En este sentido: BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal*. Cit., pp. 400 y 402; BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., pp. 19 y ss; Cfr. también: MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 547.

<sup>20</sup> Cfr. BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., p.89.

los superiores jerárquicos de la organización titulares del ámbito de organización<sup>21</sup>.

La determinación de la autoría en el delito del art. 316 CP, aparte los expuestos, no plantea excesivos problemas cuando el omitente-garante, el empresario, es una persona física. Pero, ¿y en los supuestos -que son los normales- en los que el empresario es una persona jurídica?. Para estos supuestos existe una previsión específica en el art. 318 CP según la cual en tales casos la responsabilidad se atribuye a los administradores o encargados “del servicio” y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. Debe advertirse que no existe en el Derecho Penal español una regla -que, por lo demás, de existir, sería inconstitucional- según la cual de los delitos cometidos en el ámbito de una empresa responden sus directivos; el art. 318 CP, dichos con otras palabras, no sirve para suplir la ausencia de una acción o de una omisión, sino solo para suplir la ausencia de una cualificación personal. Por ello, del delito del art. 316 CP cometido en el seno de una persona jurídica no se responde por el hecho de ser directivo de la misma, sino por el hecho de no realizar la acción mandada tiendo la obligación (y la competencia) para realizarla. De ello se deduce que el art. 318 CP es una superflua concreción del art. 31 CP<sup>22</sup>. En efecto, el delito del art. 316 CP, configurado a través de una norma penal en blanco<sup>23</sup> es, además, un delito

<sup>21</sup> Cfr. CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1564. Con mayor extensión: BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., pp. 93 y ss.

<sup>22</sup> En este sentido: CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1570; TAMARIT SUMALLA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., p. 875; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 665.

<sup>23</sup> En este sentido: CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1566; MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 537. Por descontado, las normas de prevención de riesgos laborales no son sólo las contenidas en la Ley 31/1995. Los riesgos laborales que no se hallan expresamente incluidos en dicha Ley, deben ser también prevenidos de conformidad con la

especial propio<sup>24</sup> del que solo puede ser autor el legalmente obligado a facilitar los medios necesarios para que el trabajo se desarrolle en condiciones de seguridad e higiene. Por ello, cuando el empresario (el legalmente obligado) es una persona jurídica, la condición de legalmente obligado se pone a cargo de la persona física que asume en nombre de la empresa -y dentro de su marco de competencias- el poder de configuración de la actividad de prevención de los riesgos laborales.

Debe subrayarse, por lo demás, que es absolutamente sorprendente (¡!) y absurdo desde el punto de vista político-criminal, que en el delito de omisión del deber de prevenir los riesgos laborales no se haya previsto para la propia persona jurídica -en aquellos casos en los que el empresario reviste esta modalidad de personalidad- ninguna de las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 129 CP.

#### IV. La responsabilidad penal del técnico en prevención de riesgos laborales

##### A. Configuración legal del técnico en prevención.

El técnico en prevención de riesgos laborales es una nueva figura profesional que ha surgido como uno de los pilares básicos con los que cuenta la Ley 31/95 para desarrollar la acción preventiva en la mayor parte del tejido empresarial español. De hecho no sería exagerado afirmar que el técnico, junto al empresario, ocupa la posición central en el sistema de prevención de riesgos laborales diseñado por la normativa vigente.

En efecto, como se ha indicado, el empresario es el deudor o garante de la seguridad y salud en el trabajo, adquiriendo ex lege el deber general de protección y prevención frente a los riesgos laborales. Pero, en la mayoría de los casos, el empresario no puede asumir directa y personalmente todas las funciones que conlleva la

legislación laboral general (Estatuto de los Trabajadores) o con el Código Civil.

<sup>24</sup> Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 535; TAMARIT SUMALLA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., p. 872. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 662.

acción preventiva, ya sea por imposibilidad física, por carencias formativas, por la complejidad de la estructura empresarial, etc., sino que debe delegar tal función en personas expertas y dedicadas exclusivamente a esta labor. Como señala CORDERO SAAVEDRA, “la genérica obligación empresarial de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores hay que concebirla desde una adecuada dimensión que permita atribuírsele como titular de la empresa, sin que deba necesariamente prestarla *intuiti personae*, posibilitando que para el efectivo ejercicio y cumplimiento de la finalidad protectora se apoye en estructuras técnicas apropiadas para ello”<sup>25</sup>.

A tal efecto, habría que tener presente las diversas modalidades de organización de la acción preventiva a las que puede optar el empresario voluntariamente, en unos casos, o de forma obligada en otros. Salvo cuando se trate de empresas pequeñas, que designen a uno o varios trabajadores de la misma para ocuparse de la actividad preventiva, lo habitual será que se constituya un servicio de prevención propio o que se concierte todo o parte de la actividad preventiva con un servicio especializado ajeno a la empresa. Los trabajadores designados no son técnicos en prevención de riesgos laborales propiamente dichos, sino meros vigilantes de la seguridad sin funciones ejecutivas, cumpliendo la mayoría de las veces funciones de nivel básico (art. 35 RSP). Por el contrario, los auténticos técnicos son el personal cualificado integrado, generalmente, en los servicios de prevención propios o ajenos, con titulación formativa de nivel intermedio o superior (arts. 36 y 37 RSP). Se trata de personas con una formación profesional especializada, contratadas específicamente por el empresario para ocuparse en exclusiva de las tareas de prevención, es decir, para garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud en el trabajo, así como asesorar y asistir al empresario y a los trabajadores o sus representantes en los temas de su especialidad.

En definitiva, nos encontramos ante una nueva figura profesional que tiene encomendada una función esencial en el entramado empresarial, como es la hacer efectivo el deber general de empresario de proteger la seguridad y la salud de

<sup>25</sup> Cfr. CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p.430.

los trabajadores. El desempeño de dicha función, con todo lo que ello conlleva, supondrá fricciones con el empresario, que pretende paliarse otorgando al técnico una serie de garantías, plasmadas en el art. 30.4 LPRL, para que pueda actuar de un modo independiente sin presiones externas. Esta independencia del técnico también le hace asumir una mayor responsabilidad en su ámbito de competencias, aunque no por ello exime al empresario como titular del deber de protección de la seguridad y salud laboral, como establece el art. 14.4 LPRL, dado que ambas labores preventivas son complementarias. Pero, el incumplimiento de los deberes inherentes a las mismas dará lugar a diversos tipos de responsabilidad, tanto por parte del empresario como del técnico en prevención de riesgos laborales.

#### B. Responsabilidad penal del técnico en prevención

De los diversos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el técnico en prevención de riesgos laborales nos ocuparemos de la posible responsabilidad de carácter penal por la lesión o puesta en peligro de la seguridad o la salud de los trabajadores. En particular, interesa destacar ahora que la infracción de la normativa vigente en prevención de riesgos laborales puede ser constitutiva de infracción penal, ya sea porque determine la lesión de bienes jurídicos individuales como la vida o la salud, protegidos a través de los delitos de homicidio o lesiones, o bien porque suponga un riesgo para la seguridad e higiene en el trabajo, como interés colectivo de los trabajadores, concretado además en un peligro grave para dichos bienes individuales, tal y como establecen los arts. 316 y 317 CP. Estos últimos preceptos se encuentran ubicados en el Título XV, que responde a la rúbrica de “los delitos contra los derechos de los trabajadores”, con la pretensión de no reservar la intervención penal solo a las situaciones que supongan la lesión efectiva e irreversible de sus vidas o su salud, sino adelantando las barreras de protección penal a las situaciones que ocasionen un grave peligro para los trabajadores. Por tanto, esta protección de la seguridad e higiene en el trabajo, como derecho colectivo de todos los trabajadores, a través de los tipos de peligro contenidos en los arts. 316 y 317 CP, supone una tutela medial

frente a la lesión de otros derechos individuales de mayor calado, como son la vida o salud de las personas.<sup>26</sup>

a) En este contexto, interesa analizar ahora la posible responsabilidad penal del técnico en prevención de riesgos laborales por infracción del deber de protección de la seguridad y salud en el trabajo penalmente exigido en los arts. 316 y 317 CP.

El principal problema que plantea esta exigencia de responsabilidad criminal es el de determinar si el técnico en prevención de riesgos laborales puede ser sujeto activo de este delito especial, que aparece subjetivamente restringido a las personas que están “legalmente obligadas” a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Por tanto, la cuestión clave en este tema consiste en dilucidar quienes tienen la obligación legal de facilitar tales medios para determinar, en consecuencia, quienes pueden ser autores de este delito por la infracción del deber de garantía de seguridad e higiene que les incumbe en el ámbito laboral.

En primer término habrá que acudir a la normativa laboral vigente en esta materia para llenar el blanco de la norma penal, concretamente a la LPRL. Como ya se ha indicado el máximo deudor y garante del deber general de seguridad y salud en el trabajo es el empresario, como establece el art. 14 LPRL. Incluso, el art. 42.1 LPRL considera al empresario como el único responsable por la infracción de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. De estos preceptos laborales cabe inferir que el mandato penal de proteger la seguridad e higiene en el trabajo va dirigido, en primera línea, al

<sup>26</sup> Vid. al respecto, RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales*. Actualidad Laboral. Nº 36, 1996, pp. 697 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona, 1998, pp. 201 y ss.; ALMELA VICH, C. *Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras de la construcción*. Actualidad Penal Nº 28, 1998, pp. 500 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., pp. 439 y ss.

empresario, ya sea persona física o jurídica. Pero, la responsabilidad penal no solo alcanza a los empresarios, sino que también puede afectar a otras personas a las que pueda incumbir dicho deber por delegación expresa del mismo dentro de la estructura empresarial, como pueden ser los encargados del servicio o, más concretamente, los técnicos en prevención de riesgos laborales.<sup>27</sup>

Esta es, no obstante, una cuestión discutida y que ha planteado dudas a la doctrina laboralista que se ha ocupado de este tema.<sup>28</sup> Posiblemente el motivo de la discusión y causa de la duda hay que buscarlo en el cambio de criterio operado en la normativa laboral en torno a los posibles responsables de las infracciones laborales, puesto que el tipo penal se ha mantenido inalterado en cuanto a la determinación de los sujetos activos de la infracción, que siguen siendo los “legalmente obligados”. A diferencia de la normativa laboral vigente, que responsabiliza en exclusiva al empresario, el art. 154 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, hacía responsables de las infracciones laborales a los empresarios y a todas las personas que por delegación asumieran la facultad de mando. Esta referencia legal dio pie a una jurisprudencia consolidada que exigía responsabilidad por incumplimiento de las normas de seguridad no sólo al empresario, sino a cualquier persona de la organización de éste que asumiera tales funciones (“encargado”).<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Vid. RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa...*; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *De los delitos...*, cit., p. 1673; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., pp. 203 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., p. 424; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p. 440.

<sup>28</sup> Vid. GARCÍA SALAS, A. I. *Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: algunas notas*. Relaciones Laborales. II. Nº 16-17, 1996, pp. 241 y 242; BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P. y PURCALLA BONILLA, M.A. *La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores*. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Nº 99, 1999, pp. 34 y ss.

<sup>29</sup> Vid. al respecto, ALONSO OLEA, M. *El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia*.

En este contexto, cabe destacar la conocida STS de 10 de mayo de 1980, en donde se declaraba que “todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como intermedios y subalternos, incluso de hecho, están inexcusablemente obligados a cumplir y hacer cumplir cuantas prevenciones y cautelas establece la legislación del trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores”. Esta misma línea de pensamiento fue defendida por la doctrina penal especializada en la materia, como ARROYO ZAPATERO, que aclaró al respecto que la determinación de quienes sean en concreto las personas a las que como encargados se imputa el deber de seguridad no se rige por criterios formales (denominación del cargo en la norma legal o estatutaria), sino fácticos, atendiendo a quienes de hecho son los encargados, es decir, los que efectivamente asumen y ejercen el poder de dirección empresarial.<sup>30</sup>

Sin embargo, en la doctrina laboralista, la restricción legal de los sujetos infractores de la normativa administrativa a los empresarios operada en la LPRL ha servido de argumento formal para rechazar la responsabilidad penal de cualquier persona distinta al empresario.<sup>31</sup> Otros autores muestran sus dudas al respecto, admitiendo eventualmente la responsabilidad del técnico en prevención si pudiera demostrarse casuísticamente que ha habido una delegación de

Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 5, 1981.

<sup>30</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L. *Manual de Derecho Penal del Trabajo*. Barcelona, 1988, p. 228; LACURAIN SÁNCHEZ, J.A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994, pp. 277 y 278; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO. *Derecho Penal del Trabajo...*, cit., p. 119; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *De los delitos...*, cit., p. 1673; RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa...*, cit., pp. 698 y 699; CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., p. 424; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., p. 212.

<sup>31</sup> En este sentido, vid. GARCÍA SALAS, A.I. *Los delitos contra la seguridad...*, cit., p. 242.



funciones.<sup>32</sup> Aunque, al mismo tiempo, tratan de establecer la responsabilidad penal del técnico distinguiendo entre los técnicos de servicios de prevención propios y ajenos. Los primeros no responderían penalmente cuando presten sus servicios para una persona física, mientras que sí lo harían cuando se trate de una persona jurídica.<sup>33</sup> Al tiempo que exigen responsabilidad penal del técnico perteneciente a un servicio de prevención ajeno, al estar dicho servicio legalmente reconocido como tal.<sup>34</sup> A mi juicio, tales distinciones carecen de una justificación material y resultan discriminatorias en el tratamiento ofrecido a los técnicos en prevención que, ya se trate de un servicio propio o ajeno y ya presten sus servicios para una persona física o jurídica, siguen teniendo el mismo estatuto legal y las mismas funciones preventivas.

Más razonable resulta la opinión de aquel sector de la doctrina laboralista que, coincidiendo con el sentir mayoritario de la doctrina penal,<sup>35</sup> no ve ningún inconveniente para considerar como sujetos activos del delito tipificado en el art. 316 CP, junto al empresario, a otras personas con poder decisorio y funciones ejecutivas en materia de prevención de riesgos laborales, como pueden ser los técnicos en prevención. Aunque ello dependerá fundamentalmente de la delegación de funciones que se haya producido del empresario, como garante máximo de la seguridad e higiene en el trabajo, al técnico en prevención, como especialista que asume una posición preeminente en la organización de la prevención, como permite la legislación vigente, que supera la mera labor de asesoramiento, para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo.<sup>36</sup> Como

<sup>32</sup> En este sentido, vid. BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA. *La responsabilidad penal en los delitos de riesgo...*, cit., pp. 35 y 38.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>35</sup> Vid. Por todos, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO. *Derecho Penal del trabajo...*, cit., pp. 54 y ss., y 118; ALMELA VICH, C. *Los delitos contra la vida, la salud...*, cit., pp. 502 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., p. 214.

<sup>36</sup> Vid. CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p. 440; RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa...*, cit., p. 699.

advierte CORDERO SAAVEDRA, hay que tener en cuenta que "por imperativo legal se diseñan unos servicios que han de estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de riesgos en ella existentes, y que se traduce en la práctica en un papel constante activo para «diseñar y aplicar» planes preventivos, «evitar» factores de riesgos, «determinar» prioridades para la adopción de medidas preventivas, «prestar asistencia» para la información y formación de los trabajadores, «asegurar» la prestación de los primeros auxilios y la ejecución de planes de emergencia, y «vigilar» la salud de los trabajadores respecto de los riesgos existentes. Es indudable que el sujeto activo que puede incurrir en un ilícito de poner en potencial peligro grave a un trabajador va a ser el propio técnico en prevención".<sup>37</sup>

b) En consecuencia, la posible responsabilidad penal del técnico en prevención o de otras personas distintas al empresario en materia de seguridad e higiene en el trabajo nos traslada, de forma inmediata, a la cuestión de la delegación de competencias o funciones, que constituye uno de los problemas propios de la criminalidad de empresa, en cuanto estructura organizada compleja de la que se pueden derivar daños y generar peligros para terceras personas o bienes ajenos.<sup>38</sup>

Como ya se ha señalado, el empresario, al crear una organización destinada a la producción o distribución de bienes o a la prestación de servicios, tiene una posición de garantía en

<sup>37</sup> Cfr. CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p. 441.

<sup>38</sup> Vid. Al respecto, por todos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario*. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, 1995, pp. 209 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*. En *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Consejo General del Poder General. Madrid, 1997, pp. 11 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., pp. 2005 y ss.; MARTÍNEZ RUIZ, J. *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*. *El artículo 294 del Código Penal*. Madrid, 2000; pp. 551 y ss.

relación a los procesos de riesgo que él mismo desata o respecto a los peligros que procedan de los objetos, procedimientos, animales o personas sin autonomía suficiente que se encuentran o actúan en la empresa. Por tanto, el titular de la empresa tiene el deber objetivo de garantizar que en el ámbito de su organización no se producirán hechos lesivos, dado que los procesos o factores peligrosos están o han de estar bajo la esfera de su dominio. Ha de dominar y asegurar, por tanto, que su propio círculo de organización no resulte peligroso ni lesivo para terceras personas.

Hay que señalar, no obstante, siendo conscientes del complejo entramado de funciones y obligaciones propio de la empresa, como cualquier otra estructura organizada, que lo habitual será que se produzca una delegación de tareas, que suele llevar aparejado también la consiguiente delegación de las funciones de garantía.<sup>39</sup> En el ámbito empresarial es frecuente, por tanto, que se produzca la delegación de la posición de garante originaria, pues, como señala la STS de 27 de marzo de 1994, "no es humanamente exigible que quienes deben ejercer una posición de garante, puedan o deban realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante".

Ahora bien, debe quedar claro que el acto de delegación no extingue la posición de garante inicial, sino que genera una nueva posición de garante (la del delegado) al tiempo que transforma el contenido del deber de garantía de partida (del delegante-empresario). Ello afecta inexorablemente al ámbito de responsabilidad de ambos sujetos, posibilitando la exigencia de responsabilidad cumulativa por la infracción de sus respectivos deberes de garantía.<sup>40</sup> Pero esta nueva situación solo es posible si el acto de delegación reúne ciertos requisitos necesarios para su operatividad.

<sup>39</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*; SILVA SÁNCHEZ, J. *Criterios de asignación de responsabilidad...*

<sup>40</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*, cit., pp. 218 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., pp. 15 y ss.

Así, en primer lugar, ha de realizarse una adecuada selección del delegado, debiendo elegirse a una persona con la capacidad y cualificación suficiente para realizar la función encomendada. Es necesario, además, que se produzca la dotación del necesario dominio para ejecutar el cometido de la delegación. Dicho dominio se traduce fundamentalmente en la dotación suficiente de medios económicos, materiales y humanos, así como la formación e información del delegado. En último término, es necesario intervenir cuando se produzca un inadecuado cumplimiento del encargo recibido. Para ello es preciso controlar y supervisar el cumplimiento del mismo por parte del que asume la nueva posición. Dicha intervención del delegante puede consistir en la formación o información, la sanción o la sustitución del delegado.<sup>41</sup>

Pues bien, cuando el subordinado acepte una delegación de estas características habrá asumido una nueva posición de garantía, con un ámbito de organización y de responsabilidad mayor, al haber ampliado su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control directo de los riesgos que la actividad empresarial pueda generar. El incumplimiento de esta función de control directo de riesgos lo convierte en autor del hecho. Así, por ejemplo, si asume el deber de garantía respecto a la dotación de las medidas de seguridad necesarias para prevenir los riesgos en el trabajo y pese a ello, incumple tal deber, no las dota o entrega a los trabajadores, será el autor típico de los arts. 316 y 317 CP, no descartando, además, su autoría en comisión por omisión respecto a los resultados lesivos que tal infracción de la posición de garante pudiera ocasionar.

Por otra parte, hay que señalar que esta delegación no exonera al empresario o delegante, ya que no cancela su posición de garantía inicial, sino que la transforma quedándole una competencia residual o, si se prefiere, un resto de su posición de garantía originaria, por cuyo incumplimiento puede responder si se produce un hecho penalmente relevante. Las competencias que puede retener el delegante son, como apunta SILVA SÁNCHEZ, "la competencia de selección del delegado; la de vigilancia y supervisión de su

<sup>41</sup> Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*, cit., p. 221.

actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados; etcétera.<sup>42</sup>

Sin embargo, a diferencia del delegado, la infracción de dichos deberes de garantía, básicamente el de vigilancia y supervisión de la actuación del delegado para instarle a evitar el hecho que estaba bajo su control directo, no fundamentarían una responsabilidad a título de autoría, sino únicamente a título de participación en comisión por omisión.<sup>43</sup> Y ello debe ser así, porque el delegante ya no ostenta la competencia directa de evitación del hecho, que precisamente ha sido transferida al delegado, sino que sólo retiene la función de instar a su evitación. Por tanto, el empresario o delegante que no supervise correctamente al delegado y no le inste a entregar los medios necesarios para prevenir y conjurar los peligros a los que puedan estar expuestos los trabajadores a su cargo, responderá como partícipe en comisión por omisión del delito de peligro para la seguridad e higiene en el trabajo e, incluso, también responderá como partícipe en comisión por omisión del delito de lesión que haya realizado el delegado si tal peligro se concretase en algún resultado.

En resumen, de todo lo expuesto se puede concluir afirmando que los sujetos activos de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo de los arts. 316 y 317 CP pueden ser, además del empresario que ostenta la titularidad originaria del deber de garantía de dichos bienes, los técnicos en prevención o cualquier otra persona encargada de la función de prevención a través del mecanismo de la delegación de competencias en el ámbito empresarial. Delegación que establece una nueva posición de garantía de seguridad sobre el delegado, con su correspondiente responsabilidad en caso de incumplimiento, al tiempo que mantiene en el delegante un resto de la posición de garantía originaria, que permitirá fundamentar una responsabilidad cumulativa aunque de menor

<sup>42</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., p. 17.

<sup>43</sup> Vid. LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*, cit.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., p. 17.

grado en el delegante por la infracción de dichos deberes.

#### V. Acumulación de sanciones penales y administrativas (el *bis in idem*).

a) En materia de seguridad e higiene en el trabajo, los arts. 42 LPRL, 3 de la LISOS y 5 del RD 928/1998, de 14 de mayo, consagran la incompatibilidad de las sanciones penales y administrativas en los casos en los que se aprecie identidad de objeto, sujeto y fundamento, debiendo la administración paralizar el procedimiento administrativo sancionador y pasar el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal cuando los hechos revistan caracteres de delito. Sin embargo, en algunos casos es posible que un error de la administración –por hacer una lectura benévola del problema– lleve a ésta a concluir el procedimiento administrativo sancionador y a imponer una sanción, y que sólo después se pongan los hechos (¡ya sancionados administrativamente!) en conocimiento de la autoridad judicial competente o el Ministerio Fiscal. La cuestión sería ahora la siguiente: ¿qué sucedería si los Tribunales de Justicia volvieran a sancionar los mismos hechos (respecto del mismo autor) conforme al Código Penal? Conviene en este punto hacer referencia, aunque sea sucintamente, a la doctrina sentada por la STC. 177/1999, de 11 de octubre (relativa al alcance del "non bis in idem" tal y como se viene entendiendo en la Jurisprudencia Constitucional española) en el supuesto que se acaba de indicar<sup>44</sup>.

En la mencionada Sentencia, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por el autor doblemente sancionado (en vía administrativa primero y en vía penal después) y anuló la condena del Tribunal Penal (que, lógicamente, es lo que solicitaba el recurrente). Una minoría discrepante del Tribunal Constitucional era de la opinión de no

<sup>44</sup> Vid. Con amplitud: CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC. 177/1999)*. Actualidad Penal. Núm. 8., 2000, pp. 159 y ss.; PORTERO DE LA TORRE/ZUGALDÍA ESPINAR. *Un Nuevo enfoque del principio ne bis in idem en la Jurisprudencia Constitucional*. En Prensa. Libro-Homenaje al Prof. Luis Portero García.

otorgar el amparo dando prioridad al aspecto procedimental del principio "non bis in idem". Esta solución, en opinión de la minoría, respondería al modelo de la prioridad de la Jurisdicción sobre la administración y dejaría a salvo la estructura básica del Estado de Derecho, evitando además que la sanción administrativa tuviera el efecto perverso de "blindar" al sujeto frente al Derecho Penal. La solución parecía irreprochable, pero es inadmisibles porque: el recurrente "seguiría sufriendo el doble resultado afflictivo de la doble sanción". Sólo podría evitarlo, de futuro, y a sus expensas, logrando la anulación de la sanción administrativa alegando la sentencia penal a través de una vía procesal que absolutamente nadie le supo indicar, ni si existía, ni cuál podría ser. Por ello, la mayoría del Tribunal Constitucional se inclinó por otorgar el amparo solicitado dando prioridad al aspecto sustantivo del principio non bis in idem "ya que la estimación del principio non bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normalmente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, por lo que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica". Como puede observarse, no se trata tanto de dar prioridad a la administración sobre la jurisdicción (en abstracto), como de entender que la prioridad de la jurisdicción sobre la administración tiene un límite infranqueable (!) en las garantías fundamentales del ciudadano que conlleva el principio de legalidad (non bis in idem), garantías que no pueden usarse contra el ciudadano.

b) Se rompe el esquema "identidad de sujeto-hecho-fundamento" que es preciso para que se dé el presupuesto de hecho del principio non bis in idem cuando la sanción administrativa recae sobre una persona jurídica y la sanción penal sobre una persona física. En consecuencia, será posible sancionar en vía administrativa a la persona jurídica y en vía penal a los representantes legales de la misma o a quienes vieran depurada su responsabilidad individual en la comisión del delito. A modo de ejemplo puede citarse la STS. de 24 de febrero de 1992 en la que se establece que es

compatible la sanción administrativa impuesta a una empresa persona jurídica (o física, su fuera el caso) por la infracción de la normativa de prevención de riesgos, y la condena penal paralela impuesta al ingeniero u el encargado de la empresa en la obra dónde se concretó la infracción<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Sobre el problema específico de la identidad de sujetos, vid. La STC. 177/1999 y la bibliografía citada en nota 44.

## LA NUEVA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Laura Zúñiga Rodríguez\*

### 1. Consideraciones generales

Debido a la profusión de la criminalidad económica e internacional, desde hace años se ha sentido la necesidad de abandonar el principio clásico de la no responsabilidad penal de las personas jurídicas, mejor dicho de las empresas. Las razones son diversas, pero cabe destacar en particular el hecho que el papel muy importante que éstas desempeñan tanto a nivel nacional como internacional, así como en la política social y económica, las ha convertido en el marco desde el cual o en el cual se cometen infracciones penales económicas. En este contexto, diversos países europeos han ido admitiendo legislativamente la responsabilidad penal de la empresa, por ejemplo, en Francia, Bélgica, Holanda, Suiza, Austria. Es esta orientación de política criminal la que ha seguido nuestro legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma el CP.

Cabe destacar que de esta manera los países de Europa continental se han puesto al día respecto a los países anglosajones, donde dicha responsabilidad ya era reconocida desde hace más de un siglo. Además, se han asumido directivas o proposiciones hechas por diversas entidades internacionales, como la Comunidad y la UE. Pueden citarse el Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea (1995/1997), la Decisión Marco sobre la lucha contra la falsificación del Euro (2001) y otras iniciativas en ese sentido, como en materia de lucha contra el terrorismo (2002), tráfico de seres humanos (2002), inmigración ilegal (2002), protección del medio ambiente (2003) y corrupción del sector privado (2003), por nombrar algunos. Asimismo, otra normativa internacional se ocupaba de este tema, como el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros (1997) y la

Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada (2000).

En España, un arduo debate precede esta reforma. Desde que se introdujera en el art. 129 CP las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el CP de 1995 y éste diera carta de naturaleza de *delitos* a las más importantes infracciones socioeconómicas, mucho se discutió acerca de su naturaleza jurídica. Si eran penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas aplicables por jueces penales, un *tercium genus*, toda la discusión estaba marcada por el prejuicio de admitir o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un diálogo en esos términos, cada sector atrincherado en su propia posición sobre el tema de fondo, no podía llegar a buenos consensos. Mientras tanto los jueces se encontraban con una dificultad importante para aplicar estas consecuencias accesorias. Varias preguntas quedaban sin resolver ante las dificultades de interpretación por parte de la doctrina y el desconcierto de los jueces. Y, particularmente llama la atención el protagonismo de aplicación que ha tenido sobre la criminalidad organizada y mucho menos, sobre la criminalidad de empresa, cuando al parece han sido creadas pensando en esta forma de criminalidad.

Al declarar el art. 31 bis CP que “las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos...” se presenta un cambio importante en nuestro sistema de sanciones, puesto que es posible ahora hablar de un doble sistema de sanciones: uno para las personas físicas y otro distinto para las personas jurídicas, con unos presupuestos, principios, reglas propias, que es el que trataremos en esta lección. Por un lado, el legislador zanja la cuestión en el sentido que admite dicha responsabilidad de *lege lata*, pero, por otro, se abre todo un panorama de cuestiones que son novedosas y que han de resolverse para aplicar estas sanciones.

### 2. La aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas

La determinación de un sistema nuevo, distinto, de aplicación y determinación de las sanciones penales a las personas jurídicas está

\* Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, España.

fundamentado, en primer lugar, por el *presupuesto* de aplicación: mientras que en el caso de las personas físicas el presupuesto es la comisión de un hecho ilícito tipificado como delito y realizado por un culpable, el presupuesto de aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas plantea algunas particularidades.

En efecto, desde hace algunos años se denunciaba que el delito realizado por una persona física con una víctima y fundamentalmente lesionando bienes jurídicos individuales, ha sido superado por una realidad criminológica en la que se producen comportamientos complejos, en los que el producto de las lesiones a bienes jurídicos suelen ser el resultado de una serie de comportamientos activos y omisivos, dolosos y culposos, perpetrados por varias personas que pertenecen a una organización. La determinación de la responsabilidad personal en estos casos encubre una realidad compleja en la que lo que suele suceder es que se carga toda la responsabilidad en determinadas personas, que actúan como “chivos expiatorios” de una actuación organizada. En muchos de los casos, el tipo objetivo y el tipo subjetivo no concurre en una sola persona, sino se divide en comportamientos parciales que aunados conllevan la realización del delito.

Por otro lado, la persona jurídica siempre en su actuación tiene escindido el comportamiento y la responsabilidad, en la medida que tiene que actuar con personas físicas que la comprometen en su actuación.

De todo ello se desprende una primera gran interrogante:

**a. ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de la sanción penal?**

El legislador ha optado por una *responsabilidad derivada* (o indirecta) de la responsabilidad de las personas que actúan en su nombre, o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus administradores de hecho y de derecho (apartado 1º). En estos supuestos estamos ante los conocidos como *responsabilidad del representante* (“actúan en su nombre”), que, al no

decir nada el legislador podrán ser de derecho, pero también de hecho (“por cuenta de las mismas”) acogiendo así una teoría de la representación funcional y no formal. Además, la ley se ocupa de la actuación de los administradores de hecho y de derecho (*responsabilidad de los titulares de la organización*), también para comprometer en su actuación a la persona jurídica. En ambos casos, tendrá que ser “en provecho” de la persona jurídica, pues de lo contrario no estamos ante un delito de la organización, sino ante una infracción penal contra la organización o a favor de un tercero.

También podrán comprometer en su actuación a las personas jurídicas, las personas físicas subordinadas a aquéllas, cuando el delito se ha cometido por no haber realizado el debido control (apartado 2º). Es lo que se llama en doctrina *responsabilidad in vigilando*, esto es, por no ejercer las autoridades un debido control sobre las actuaciones de los subordinados. En organizaciones jerárquicas no basta con delegar las actuaciones a los subordinados; cuando se trata de actuaciones que ponen en peligro bienes jurídicos, el deber de control y vigilancia permanece en quien tiene el dominio de la organización (los titulares o administradores), pues ellos ostentan el poder de dirección y de mando necesario para hacer cumplir las reglas internas.

Es decir, de las opciones posibles en Derecho Comparado, la reforma de 2010 ha considerado que la responsabilidad penal de la personas jurídica será exigible “siempre que se constate la comisión de un delito” realizado por una persona física. Dicha toma de postura, aunque más simple en lo que se refiere a no tener que concebir un delito (injusto y culpabilidad) de la persona jurídica, a la larga plantea serios inconvenientes.

La redacción del apartado 2º es buena muestra de ello, pues dice que procederá exigir dicha responsabilidad “siempre que se constate la comisión de un delito *que haya tenido que cometerse* por cualquiera que ostente los cargos del apartado 1º, *aun cuando la concreta persona física no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. Y es que, la responsabilidad derivada plantea la

dificultad que precisamente intenta superar la responsabilidad de la persona jurídica: sancionar los hechos cuando no se ha podido individualizar responsabilidades. La disposición que comentamos se refiere a un delito del que no se conoce el autor concreto o éste carece de culpabilidad, o está no habido, etc. Si el delito es un comportamiento tipificado en la ley, antijurídico y culpable, difícilmente se puede concebir realmente un delito del que no se conoce un autor.

La redacción del art. 31 bis entre su párrafo 1º y el 2º nos lleva a soluciones contradictorias, pues por un lado se requiere un hecho de conexión: el delito cometido en nombre o por cuenta por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, o el delito cometido por subordinados sobre los que no se ha ejercido el debido control, por tanto una responsabilidad dependiente de la comisión de un delito de una persona física, pero por otro lado, se dice que se responsabilizará penalmente a la persona jurídica aún cuando la persona física responsable del hecho no haya sido individualizada (GÓMEZ TOMILLO). Para salvar esta contradicción y realizar una interpretación que permita una aplicabilidad razonable, considero que ha de comprenderse la cuestión de la siguiente manera: se requiere la comisión de un hecho típico y antijurídico realizado por las personas y con las condiciones antes dichas, no la declaración de culpabilidad de la persona física. Ahora bien, de todos modos el juzgador se encontrará con la comprensión de criterios subjetivos de atribución a la propia persona jurídica, como los defectos de organización, para imputarle una sanción sin individualizar al autor, sino se quiere caer en una mera responsabilidad objetiva. Problema que, dada la cultura dominante hasta ahora, muy probablemente conllevará una difícil aplicación de sanciones directas a las personas jurídicas sin individualizar a los autores. Por tanto, se corre el riesgo de mantener una responsabilidad vicarial, totalmente dependiente de la persona física que, al parecer, el legislador quiso evitar.

Por tanto, la opción de la responsabilidad directa de la persona jurídica, autónoma y no dependiente de la culpabilidad de una persona física parece ser la más idónea (GÓMEZ-JARA, NIETO, ZÚÑIGA), pues sólo así es posible resolver los

problemas de imputación de los delitos producidos en el ámbito de organizaciones. Modelo, por otro lado, seguido por Suiza, Holanda y los países anglosajones, pues sólo este modelo puede ser idóneo para vigorizar el mensaje de la norma de promover una cultura jurídica de respeto al control de los riesgos que se desarrollan al interior de la empresa. Ésta es la única línea de política criminal que puede generar autorresponsabilidad en las empresas: declararlas sujeto de imputación penal a todos los efectos.

Si las personas jurídicas no son meros instrumentos en manos de personas físicas, sino sujetos del tráfico jurídico y económico, por tanto, plenos sujetos de derecho, también lo han de ser a los efectos de responder por sus comportamientos de organización. Cuestión distinta es cuando la persona jurídica es un mero instrumento en manos de personas físicas (empresas fantasmas, por ejemplo). En estos casos sí puede haber una responsabilidad derivada de la culpabilidad de la persona física. La respuesta está en el *fundamento* que se da a estas sanciones, que no es otro que su finalidad. Si es evitar la continuidad de la actividad delictiva de la organización, teniendo en cuenta que ellas pueden desarrollar capacidad criminógena más allá de sus miembros y de motivarse por las normas, ha de concebirse como una responsabilidad directa. Si, de lo que se trata de evitar que las personas físicas instrumenten personas jurídicas, ha de concebirse una responsabilidad derivada.

**b. ¿Qué personas jurídicas son punibles?**

En primer lugar, el legislador opta por el concepto de *persona jurídica* y distingue a la responsabilidad de organizaciones que carecen de personería jurídica o no legales para las que dispone las reglas del art. 129 CP reformado. Hemos de decir que este es un criterio sumamente formal y queda abierta la consideración de remitir directamente este concepto a las leyes especiales o concebir un concepto propio de carácter penal de persona jurídica, como sucede, por ejemplo con el de funcionario público. A falta de una disposición legal de un concepto penal, por supuesto ha de acudir a las leyes especiales, aunque debe reiterarse que bien podría la ley

penal concebir su propio concepto de persona jurídica.

El Código Civil define la persona jurídica en su art. 35:

*Son personas jurídicas:*

1. *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*
2. *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*

De esta manera, tanto las asociaciones, fundaciones, sociedades mercantiles, que estén válidamente constituidas, esto es, constituidas e inscritas en los registros correspondientes, adquieren una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros; de manera que se distingue de las personas físicas, tanto en su patrimonio, como en su responsabilidad.

Por supuesto, para los delitos socioeconómicos adquieren relevancia las empresas que se constituyen en sociedades. El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en su art. 7 contempla:

*1. La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica.*

Así, podemos ver que las diversas leyes de los entes asociativos establecen la personería jurídica en el momento de la inscripción. No obstante, al establecerse la posibilidad de imponer las mismas sanciones del art. 33.7 CP a las asociaciones sin personería jurídica, se cubre el espacio de actuaciones realizadas entre el momento de

constitución e inscripción. Por tanto, si pueden ser sujetos de consecuencias accesorias art. 129 CP) las asociaciones de hecho, las organizaciones no formalizadas, las sociedades de hecho.

Menudo problema ha consistido en dilucidar el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho Público. El art. 31bis CP en su apartado 5º lo regula:

*5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*

Así, siguiendo una tónica general inaugurada por el CP francés, los entes públicos no están sujetos a esta responsabilidad penal. Los legisladores franceses, en su momento, se plantearon el problema y decidieron que, teniendo el Estado el monopolio del Derecho Penal no se puede castigar a sí mismo (PRADEL). Tampoco los sindicatos, ni los partidos políticos están sujetos a responsabilidad penal, aunque parece distinto el fundamento. La posibilidad de ser objeto de persecución política, como así ha sucedido por medio del delito de asociaciones ilícitas (GARCÍA PABLOS), aconseja sustraer estas entidades de interés público de la posibilidad de la imputación penal a los efectos de clausurar o cerrar un partido político o sindicato.

Ahora bien, esta disposición hace una salvedad importante: cuando estas entidades públicas se hayan creado para eludir una responsabilidad penal, esto es sean meras entidades encubridoras de una organización delictiva, sí cabe aplicar las penas del art. 33.7 CP. En nuestro caso, podemos evocar el caso Marbella, en el que toda la corporación municipal se dedicaba a cobrar comisiones por permisos, concursos públicos, recalificaciones de suelos, etc. de manera que se realizaron ingentes cantidades de delitos

socioeconómicos y de corrupción. Es verdad que no fue creada “con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal” como requiere la ley, pero bien puede ser un ejemplo de corporaciones públicas que delinquen.

### 3. Las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas

El art. 33.7 CP incorporado por la reforma de 2010, considera *penas graves* todas las aplicables a las personas jurídicas. Ello dice del carácter de ultima ratio de la intervención penal en delitos graves y que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será requerida sólo en los casos especiales que la ley lo disponga, no con carácter general.

Seguidamente se establece el catálogo de penas que ciertamente son las antiguas consecuencias jurídicas del art. 129 CP, más dos novedades: la multa y la inhabilitación para obtener subvenciones.

a) *Multa*, que puede ser por cuota o proporcional. La multa ha sido considerada en el Derecho Comparado como una de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas más idónea para hacer frente a la criminalidad de empresa. Indirectamente, ya había sido abordada por el legislador español en el 2003 cuando en la reforma del art. 31 CP introdujo el inciso 2º, estableciendo la responsabilidad solidaria de la persona jurídica del pago de multa que le correspondía al sujeto que actuó en nombre de ella. La reforma no hacía otra cosa que reconocer las dificultades que supone la disociación entre sujeto de imputación y sujeto de sanción, especialmente en lo que se refiere a la capacidad económica para afrontar el pago real de la multa. No obstante, los problemas doctrinales eran evidentes en la medida que nadie puede responder por la pena de otro. La reforma, con buen criterio, considera esta pena como la pena número 1 de las aplicables a las personas jurídicas. El sistema de determinación de esta sanción económica que puede poner en entredicho incluso la viabilidad de la empresa, en la medida que afecta su patrimonio social, podrá ser por cuotas (similar al sistema días-multa de las personas físicas) o proporcional al delito cometido. Se trata, en todo caso, de conciliar las necesidades preventivas de

aflicir a la empresa por su actividad delictiva, con la evitación de un daño irreparable que le impida hacer frente a sus compromisos sociales. El art. 31 bis CP, también nuevo, se ocupa del supuesto de que se imponga multa a la persona física y a la persona jurídica, en cuyo caso el juez modulará las respectivas cuantías, teniendo en cuenta que la suma resultante no sea desproporcionada en relación a la gravedad de los delitos. Es el único supuesto en el legislador se preocupa de evocar el principio de proporcionalidad en la sanción.

b) *La disolución de la persona jurídica*. Sanción ya existente en el antiguo art. 129 CP como consecuencia accesoria, no fue aplicada nunca, dado que se trata de una auténtica pena de muerte. Sin duda, de acuerdo al principio de proporcionalidad sólo deberá ser aplicada como último recurso para los casos más graves. Piénsese en los supuestos de empresas fantasmas o instrumentalizadas por personas físicas par delitos graves. El art. agrega que la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, algo superfluo toda vez que disolución significa precisamente ello.

c) *Suspensión de sus actividades por un máximo de 5 años*. Sanción también pre-existente en el antiguo art. 129 CP como consecuencia accesoria, intenta inhabilitar a la persona jurídica del ejercicio de las actividades sociales y económicas desde las cuales realizó el delito. Se entiende que la suspensión es total de todas las actividades, no sólo de aquellas vinculadas con el delito, sino más bien de una especie de inhabilitación temporal para el ejercicio del derecho de discurrir en el mundo social y jurídico.

d) *Clausura de locales y establecimientos por un máximo de 5 años*. También sanción ya regulada en el art. 129 CP como consecuencia accesoria, ha planteado problemas en su aplicación y ejecución, toda vez los locales y establecimientos pueden no coincidir en su titularidad con la de la persona jurídica. En estos casos el juez tendrá que razonar la pertinencia de la medida.

e) *Prohibición de realizar en el futuro las mismas actividades en las que se cometió el delito*. Asimismo nos encontramos con una sanción ya contemplada en el anterior art. 129 CP de

consecuencias accesorias. En este caso la inhabilitación de la persona jurídica no es total, sino sólo sobre la actividad concreta en la cual se realizó el delito. Si se trata de la actividad principal de la persona jurídica, su objeto social, tendría que realizar un cambio de giro total. La prohibición puede ser temporal o definitiva. La prohibición temporal por 15 años parece excesiva, pues no se entiende por qué se triplica respecto a las otras sanciones similares en las que el máximo es 5 años.

f) *Inhabilitación para obtener subvenciones.* Novísima sanción, introducida por la reforma de 2010 es saludada por toda la doctrina especializada por considerarse justo que una empresa desde la cual se ha realizado delitos, encima goce del derecho de obtener ayudas públicas. La prohibición no es solo para obtener subvenciones, sino también toda ayuda pública, contratos públicos, beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. En estos casos, el legislador opta por un plazo largo de 15 años para señalar el máximo.

g) *La intervención judicial de la persona jurídica.* También ya contemplada dentro del catálogo de consecuencias jurídicas del art. 129 CP. Igualmente la norma dice “para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores”, pero en este caso el legislador se explaya más regulando con detalle esta importante sanción aplicable a la persona jurídica. Es cierto que estamos ante una de las penas más importantes del Derecho Comparado para las personas jurídicas, porque puede ayudar a conciliar una serie de intereses afectados cuando se infringe una sanción a las mismas. Al afectar a múltiples sujetos como trabajadores, acreedores, socios no intervinientes en el delito, etc., esta especie de curatela para la persona jurídica, se erige en una respuesta idónea del ordenamiento para contrarrestar la capacidad delictiva de la empresa, sin dañar en demasía a terceros posibles afectados. La novedad está en que puede suspenderse o modificarse en todo momento, previo informe del Interventor y del Ministerio Fiscal.

Resulta interesante que el legislador se haya ocupado de la ejecución de sólo esta última pena.

Si bien es la más relevante y que requiere de personas especializadas como un Interventor, también otras requieren de profesionales calificados para llevarla a cabo. Así, la determinación y el pago de la multa, han de hacerse a partir de peritajes y estudios a los efectos que la misma no inflija un daño irreversible a la persona jurídica.

#### 4. Determinación de la pena

Como se ha venido diciendo, estamos ante un sistema distinto de imposición de penas al de las personas físicas que se rigen por las reglas generales. El art. 31 bis CP se ha ocupado de las reglas para la determinación de la pena de las personas jurídicas, que son las siguientes:

1º) *Independencia de la responsabilidad penal de la persona física.* Aunque se ha optado por un sistema de responsabilidad derivada de los delitos cometidos por sus representantes, administradores de hecho y de derecho, y subordinados de aquéllos, el apartado 3º del art. 31bis establece que las circunstancias que afecten a la responsabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o que el sujeto se haya sustraído de la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de dos responsabilidades, comunicadas, pero independientes, pues el juez modulará cada forma de responsabilidad de acuerdo a sus reglas propias.

De todos modos, distinto será el supuesto de la concurrencia de atenuantes o agravantes, a la de exclusión de la culpabilidad de la persona física o de no individualizar persona responsable. En el primer caso, se trata de la incomunicabilidad de las circunstancias entre persona física y persona jurídica, algo razonable. Ahora bien, si no existe un autor de delito o es declarado no culpable, difícilmente puede haber un hecho de conexión.

2º) *Circunstancias atenuantes* de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El apartado 4º del art. 31bis introduce estas reglas que sirven para la determinación de la pena. Hay que hacer la salvedad de que la norma se ocupa sólo de atenuantes, no de agravantes, con las

cuales puede el juez calibrar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Son las de realizar las siguientes actividades:

a) *Confesión de la infracción a las autoridades.* Como en el caso de las personas físicas, la confesión es una medida que ayuda a la administración de justicia en el esclarecimiento del delito y dice del arrepentimiento de las conductas que han desembocado en la lesión de un bien jurídico y, por tanto, vislumbra la disponibilidad para no volver a realizarlas.

b) *Colaboración con la investigación del delito.* Al igual que en el caso anterior, estamos ante circunstancias que dicen del arrepentimiento de las conductas propiciadoras del delito. Ayuda, además, en el esclarecimiento de los hechos, siendo aún más importante que en el caso de las personas físicas, tratándose de comportamientos en organizaciones donde es más difícil dilucidar los hechos.

c) *Reparación del daño causado.* El legislador da a la reparación del daño el rango de atenuante de la responsabilidad de la persona jurídica, al igual que sucede en nuestra legislación para las personas físicas. La reparación del daño es una de las propuestas más recurrentes en el Derecho Comparado como sanciones a personas jurídicas, toda vez que pueden poseer la capacidad económica para, en su caso, restituir la situación al estado anterior de la vulneración del bien jurídico o indemnizar a las víctimas del delito. Los efectos preventivo-generales y preventivo-especiales de esta pena serían destacables. Ha sido especialmente recomendada para delitos contra el medio ambiente. No obstante, la reforma no da el paso en este sentido, sino simplemente como un incentivo para rebajar la sanción.

d) *Establecer medidas de prevención eficaces para evitar futuros delitos.* Prácticamente todas las regulaciones del Derecho Comparado incorporan los llamados código éticos, medidas de autorregulación de las propias empresas para prevenir delitos. Ahora bien, llama la atención que el legislador haga alusión a medidas posteriores a la comisión del delito. El fundamento de estas medidas proviene de la necesidad de autogobernanza de las empresas que han de comprometerse en implementar reglas que

impliquen una contención de los riesgos que ellas mismas producen. Estas reglas han tenido un peso específico en la responsabilidad de las empresas, como por ejemplo, en la ley italiana, para modular la sanción, en la medida que una empresa que se preocupa de establecerlas y llevarlas a cabo demuestra una real disponibilidad de prevención de delitos. Es saludable que, según nuestra regulación, las empresas implementen medidas de prevención una vez acaecido el delito, pero se debería premiar aún más a aquellas que los tenían antes de cometerlo.

#### 5. Cuestiones procesales y de ejecución de la pena

Las dificultades de procedimiento que se vislumbraron para la aplicación de las consecuencias accesorias se siguen observando en estos casos. La ausencia de regulación sobre el *status* de la persona jurídica y sus derechos y obligaciones dentro del proceso penal conlleva una importante inseguridad jurídica y, en no pocos casos, una ausencia del principio de tutela judicial efectiva. Dos dificultades son especialmente relevantes: Primero, la persona jurídica carece de legitimación para actuar como imputado en un proceso penal, lo cual limita seriamente su derecho de defensa. Segundo: la imposición de la consecuencia accesoria está vinculada a la imposición de una pena a la persona física, por tanto, el *status* de imputado sólo lo puede ejercer la persona física y, sin ella, la situación procesal de la persona jurídica es realmente anómala (DÍAZ PITA).

En el ámbito de las sanciones aplicables a las personas jurídicas no sólo es importante *qué* sanciones se aplican sino *cómo* se aplican y ejecutan. La aplicación de una sanción a una persona jurídica no es asimilable a la aplicación de las penas a las personas físicas, pues puede ser un proceso largo, complejo y que requiere de personas especializadas. Ha de tenerse en cuenta que afecta y compromete derechos y obligaciones de terceros, como trabajadores, socios, acreedores, y puede afectar al patrimonio de la persona jurídica, a su actividad social y a sus ganancias presentes o futuras. Además, las personas físicas pueden crear otra persona jurídica para seguir delinquirando. Por tanto, se hace necesario también un seguimiento de

aquellas en algunos casos, a los efectos que no sea un mero cambio formal.

Para la determinación de qué y cómo se aplican y ejecutan las sanciones penales a personas jurídicas debe tenerse en cuenta los criterios de proporcionalidad que rigen toda imposición de sanciones: Primero, *adecuación de la medida* para el fin propuesto que no es otro que evitar la continuidad de la actividad delictiva. Segundo, *necesidad de la medida*, esto es, no debe existir otra medida menos lesiva a derechos teniendo en cuenta que la sanción a personas jurídicas compromete derechos de terceros.

Tercero, *proporcionalidad estricta de la medida*: una vez elegida la medida ésta debe aplicarse en proporción al hecho cometido y a la capacidad para afectar en el futuro nuevos bienes jurídicos, sino corrige sus defectos de organización.

La variedad de las sanciones y el rodaje de la aplicación de las personas jurídicas pueden ser elementos a tener en cuenta para una mayor eficacia en la aplicación de sanciones a las personas jurídicas, porque el juez podrá evaluar con mayores posibilidades a su alcance cuál es la sanción más apropiada para la persona jurídica determinada. Existe mucha variedad en las formas de las personas jurídicas y mucha variedad en la posible actuación criminógena. Un catálogo amplio de sanciones y la capacidad del juez de ajustarlas de acuerdo a los principios de proporcionalidad y de prevención de delitos, puede significar un mayor rendimiento de las sanciones penales a las personas jurídicas.

## 6. Responsabilidad civil y comiso

Buena parte de las demandas de sanciones a personas jurídicas provienen de la necesidad de reparar a las víctimas de los delitos perpetrados en el ámbito de la empresa. Ambas vías, la reparación del daño como sanción penal y la reparación civil para reparar a las víctimas, pueden convivir, como así lo hacen en el Derecho Comparado. Cada una cumple un fin diverso, por lo que no son excluyentes, sino más bien incluso pueden ser complementarias para cubrir el amplio espectro de finalidades que se despliegan cuando una persona jurídica vulnera bienes jurídicos (RAMÓN RIBAS). No obstante, la reforma no ha optado por la reparación del daño como sanción, sino más bien reforzar la responsabilidad civil ex

delicto. El art. 116.3 CP no deja dudas y, al igual que en el caso de la persona física, la responsabilidad penal conlleva la responsabilidad civil de la persona jurídica. Se establece la solidaridad entre la responsabilidad civil de la persona jurídica y la de las personas físicas condenadas por los mismos hechos.

El comiso de los instrumentos y de las ganancias del delito se considera una institución estratégica para luchar contra la criminalidad organizada a nivel transnacional. Todas las normas internacionales de la materia hacen hincapié en la necesidad de estrangular el ciclo económico de la inversión mal habida. En este sentido, el comiso de las ganancias y/o instrumentos del delito que corresponden a personas jurídicas adquieren un tinte acentuado, toda vez, que la fórmula persona jurídica se aviene bien con la ocultación de las ganancias ilícitas. Por eso llama la atención que la reforma no haya dispuesto nada al respecto. Podrá entenderse que con la nueva redacción del comiso del art. 127 CP pueda comprenderse a la persona jurídica cuando se refiere a “actividades delictivas cometidas en el marco de una organización”, pero si el legislador distingue la responsabilidad de personas jurídicas (art. 31bis CP), de la responsabilidad de organizaciones sin personería jurídica (art. 129 CP) debía haber previsto expresamente el caso del comiso de la persona jurídica.

## 7. Excepción a la exención de responsabilidad penal a la persona jurídica

El art. 130 CP regula las causas por las que se extingue la responsabilidad penal, estableciendo en el apartado 2º una salvedad para las personas jurídicas: la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a las entidades en que se transforme. El traslado de la pena a la nueva persona jurídica podrá moderarse en función de la proporción de la transformación. Tampoco extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. La norma establece una presunción: se entenderá como tales cuando la persona jurídica continúe su actividad y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o la parte más relevante de todos ellos.

Con esta regla el legislador intenta evitar que se sortee la ejecución de una pena impuesta a la persona jurídica con las posibles transformaciones jurídicas que pueda sufrir. No hay que olvidar que la formalidad jurídica puede encubrir diversas formas que ayudan a camuflar diversas actividades lícitas e ilícitas. El mero cambio de razón social podría ser suficiente para un fraude en el cumplimiento de la pena impuesta.

## BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ PITA. *Perspectiva procesal del principio “societas delinquere non potest”*, en MUÑOZ CONDE (Dir.), *Problemas actuales de Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, 2008.

FOFFANI. *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas*, en BOIX / BERNARDI (Coords.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Iustel, 2005.

GÓMEZ-JARA DIEZ. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DIEZ. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Aranzadi, 2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. B de F, 2010.

GÓMEZ TOMILLO. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Lex Nova, 2010.

GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*. Tirant lo blanch, 2004.

HEINE. *Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*

NIETO MARTÍN. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel, 2008.

RAMÓN RIBAS. *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*. Comares, 2009.

SILVA SÁNCHEZ. *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas*, en *InDret*, 2006.

ZUGALDÍA. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Tirant lo blanch, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3ª ed., Aranzadi, 2009.

## INTERDISCIPLINARIA

### POLITICAS CRIMINALES COMPLEMENTARIAS. UNA PERSPECTIVA BIOPOLÍTICA\*

María Laura Böhm\*\*

En el presente trabajo propongo una relectura de los cambios y las tendencias que se están viviendo en el ámbito de la política criminal y de la criminología. Partiendo de análisis jurídicos y sociológicos que advierten acerca de los rasgos contradictorios y hasta esquizofrénicos de estos procesos, analizo esta misma realidad desde una perspectiva foucaultiana<sup>1</sup>. Esta perspectiva permite vislumbrar las estrategias que subyacen a estas prácticas y discursos dicotómicos en la política criminal, y pone en evidencia su funcionamiento complementario, casi diría hasta simbiótico. No realizo crítica valorativa alguna, pero tampoco legitimación de las políticas criminales existentes. Planteo sólo un acercamiento analítico destinado a comprender de modo integral las prácticas y discursos en que estamos insertos. Creo que sólo de ese modo se puede repensar productivamente el camino que se está recorriendo y se pueden evaluar, realísticamente, eventuales cambios de rumbo.

\* Texto publicado por primera vez en la Revista *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis*, N° 4/2007, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 69-106.

\*\* Doctora en Ciencias Sociales (*Dr. phil.*) por la Universidad de Hamburgo, Alemania.

<sup>1</sup> La realidad a que hago referencia es fundamentalmente la europea y norteamericana, donde las tendencias analizadas se muestran en forma más definida. Muchos de los conceptos utilizados son por tanto aplicables a esta realidad, pero no necesariamente o al menos no con igual sentido a la nuestra (por ej. Neoliberalismo, Estado de bienestar, etc.). La reciente presentación de un proyecto de ley contra el terrorismo en el Congreso Nacional – ley que es ejemplo de todos y cada uno de los caracteres del Derecho Penal del Enemigo – es sin embargo un signo, de que los desarrollos político-criminales que aquí se analizan ya están alcanzando países “periféricos” como el nuestro. Tema de próximas investigaciones es hasta qué punto y forma se presentan o podrían presentar estas tendencias en Argentina.

### Conceptos introductorios

Tanto el análisis jurídico de Günther Jakobs acerca del Derecho Penal del Enemigo<sup>2</sup> como uno de los últimos estudios de sociología del delito de David Garland<sup>3</sup>, se ocupan de las tendencias y desarrollos más actuales del derecho penal y de la política criminal. Ambos autores demuestran y analizan una escisión en las formas político-criminales. Jakobs postula la existencia y necesidad de un Derecho Penal del Enemigo que se contraponen a un Derecho Penal del Ciudadano, es decir, la necesidad de un derecho penal que no cabe ya dentro de los parámetros ni se rige por los principios propios del derecho penal liberal característico del Estado de Derecho.

El Derecho Penal del Enemigo es una legislación de tipo bélica, más que jurídica, que pauta el trato con aquellos sujetos que no pueden ser considerados “ciudadanos” por representar un peligro físico y/o normativo para el Estado y la sociedad. La disminución o abolición de garantías procesales y el adelantamiento de la punibilidad, sin que se disminuya la escala penal en forma proporcional a ese adelantamiento, así como una lógica combativa más que intimidatoria, son las características de este Derecho Penal del Enemigo. Por su parte habla David Garland del par de contradictorios “criminología del otro” (*criminology of the other*) / “criminología del sí

<sup>2</sup> El trabajo de Fritz Sack publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis*, N° 4, ofrece un análisis detallado y crítico del Derecho Penal del Enemigo en su concepto e implicaciones. Las reflexiones del Prof. Sack – expuestas en la conferencia que da base al trabajo mencionado, pero referidas, escritas y discutidas también en oportunidades anteriores – fueron sin duda cimiento e inspiración de muchas de las ideas que aquí expongo.

<sup>3</sup> El trabajo de David Garland *La cultura del control*, en que se presenta su extenso análisis acerca de las tendencias actuales de los discursos criminológicos, es reseñado y comentado también en la revista mencionada *supra* (nota 2) por su traductor al castellano Máximo Sozzo.



mismo” (*criminology of the self*), donde con criminología del otro designa Garland el conjunto de prácticas, discursos y mecanismos de política criminal que no se dirigen al “ciudadano común”, sino a aquellos que son identificados como portadores de peligro, como “distintos” a “nosotros”, como una amenaza al grupo social y, por tanto, como por fuera de ese grupo social; las medidas son en este caso de tipo expresivas y excluyentes, a través de las cuales el Estado pone de manifiesto que actúa para combatir peligros y para aislar a quienes no son aptos para la vida en sociedad. La criminología del sí mismo reúne todo tipo de, otra vez, prácticas, discursos y mecanismos de prevención del delito en las cuales fundamentalmente los individuos (y no únicamente el Estado) deben actuar responsablemente al asumir y gerenciar al delito como un riesgo más de las sociedades modernas, en las cuales todos y cada uno de nosotros, ciudadanos “comunes” normales y racionales somos potenciales víctimas pero también potenciales ofensores. Tanto en el discurso de Jakobs como en el de Garland se ve entonces, que existen un diferente trato según quién sea el potencial ofensor y una diferente concepción del delito: drama o normalidad, peligro a aniquilar o riesgo a minimizar... Esta escisión en la lógica de la política criminal y sus respuestas al delito, podría resumirse y expresarse en lenguaje cotidiano como una división entre medidas “duras” (“mano dura”, “tolerancia cero”, “gatillo fácil”, etc.) y “blandas” (servicios de seguridad privada, planes de “vecinos al alerta”, fomento de instalación de alarmas y de cursos de defensa personal, etc.).

En el presente trabajo abordo las ideas de ambos autores, que anuncian y prueban la mencionada escisión en la política criminal actual, y la reelaboro en base a una perspectiva diferente: Las estrategias de *poder soberano* y *gubernamentalidad* planteadas por Michel Foucault, y la tecnología *biopolítica* que explica su funcionamiento conjunto. Estos conceptos son muy complejos pero a la vez insoslayables, por lo que les dedico unos párrafos aclaratorios antes de continuar.

La estrategia de *poder soberano* es aquella que Foucault identifica como propia de las formas de dominación aparecidas en el siglo XII – en sus

inicios sólo en Francia e Inglaterra – y que predominaron hasta fines del siglo XVI, principios del XVII. Este poder es ejercido fundamentalmente sobre el suelo, sus productos agrarios y las riquezas y bienes de los súbditos y este ejercicio de poder se basa fundamentalmente en la ley, que habilita en forma más bien predatoria la confiscación de bienes en beneficio del soberano (Foucault 1995: 77). El territorio es en este contexto importante no sólo por su potencial productivo, sino porque determina los límites físicos del poder del soberano.

Por eso la defensa - y en el mejor de los casos la ampliación - del territorio es una de las tareas fundamentales de esta forma de poder que se autolegitima y autoconserva en la figura del soberano.

Toda amenaza al territorio o a la ley, base y corporización misma de ese soberano, son respondidos mediante el ejercicio del poder en su forma más característica: el derecho sobre la vida y la muerte de sus súbditos, o, en realidad, el derecho de muerte, de disponer de la vida y decidir el momento de muerte de sus súbditos (Foucault 2002: 163 ss.). Este poder de muerte se va a ver modificado a lo largo de los siglos, pero va a permanecer de todas formas como ejercicio de un poder que tiene como fin la defensa y conservación del poder mismo, el cual se extiende a su territorio, sus bienes y, en las sociedades modernas, a su población, que desde su “descubrimiento” ha devenido en fundamento y razón de ser de ese poder soberano. La forma ineficiente e improductiva de esta estrategia de poder sentó las bases mismas de su debilitamiento, el que se vio acentuado entre los siglos XVI y XVII, en que empieza a vislumbrarse el paulatino desarrollo de la *gubernamentalidad* (Foucault 1993). Esto sucede cuando empieza a emerger el reconocimiento de una población, cuerpo biológico que es más que un simple conjunto de individuos, y que se destaca en las nacientes ciudades, donde cuestiones biológicas como las enfermedades, el envejecimiento, la natalidad, etc. se hacen palpables por repercutir en la producción ya no sólo agraria sino fundamentalmente fabril, y son relevados en informes estadísticos. El disperso tráfico económico y comercial se transforma en una fuente generadora de riquezas ya no aislada,

sino general y fundamental para la población. La economía política se desarrolla por tanto como la lógica – que colaborará en el desarrollo del liberalismo – de gobierno y no de dominación, gobierno que implica que las riquezas no son confiscadas sino que su generación es fomentada. El acento está puesto por tanto en el promoción y aseguramiento de los procesos naturales y económicos, de la circulación de bienes e individuos, todo lo cual tiene por fin el que población y economía permanezcan sanos y se desarrollen ininterrumpidamente. Promoción y aseguramiento de procesos, mediante su regulación y a través del establecimiento de mecanismos que impidan fuertes desbalances o interrupciones. La gubernamentalidad entonces, esta estrategia de poder que empieza a desarrollarse en ese siglo XVI y que tiene por blanco principal a la población, por forma de conocimiento más importante a la economía política y por instrumento técnico esencial a los dispositivos de seguridad, es la gubernamentalidad que – con lógicas variaciones a lo largo de los siglos - llega a nuestros días (Foucault 2004: 162). La *biopolítica*, por último, es una tecnología de poder, o tal vez más exactamente, una tecnología de gobierno, una forma de llevar adelante el gobierno, que actúa y se manifiesta no sobre o a través de fenómenos aislados e individuales, sino sobre y en medio de una población como cuerpo viviente, con sus propios desarrollos biológicos, económicos y en definitiva existenciales (Foucault 2004: 70 ss.). La biopolítica es una forma de “administración de la vida”, de “cuidado de todo lo viviente”, como dice Ojakangas (2005: 6). Las condiciones de desarrollo de la población deben ser fomentadas, lo que en la actualidad depende fundamentalmente del fomento económico de las esferas de libertad, y esto no necesariamente en sentido mercantil, sino de producción, intercambio y distribución. Estas condiciones de desarrollo deben ser a su vez protegidas y defendidas, lo que requiere la puesta en marcha tanto de técnicas de aseguramiento – control de riesgos – como de estrategias de seguridad – eliminación de peligros. Porque “todo” lo que es necesario y circula en derredor de la vida poblacional, es objeto de la biopolítica... “La biopolítica se debe encargar de las condiciones biológicas, sociales, culturales, económicas y geográficas en las que los seres humanos viven,

se procrean, se enferman, conservan su salud o se curan, y mueren” (Dean 2001: 47). La biopolítica es la tecnología de que se vale la estrategia gubernamental, al momento de poner en práctica y regular “la vida”, y es a su vez la explicación a la existencia del poder soberano en la actualidad, donde debe aplicar – en protección de aquella vida – su característico “poder de muerte”. Sobre esto vuelvo más adelante.

Ambas estrategias – soberana y gubernamental - y la tecnología – biopolítica - que en las actuales sociedades neoliberales las conecta son a mi entender las que ayudan a descifrar en forma compleja (por lo abarcativa pero no necesariamente por lo difícil) la lógica y funcionamiento de las nuevas y sólo aparentemente contradictorias tendencias político-criminales.

Dos conceptos, por último, que emergen del análisis que aquí planteo y que se presentan como racionalidades explicativas y fundantes de las tendencias mencionadas, son la libertad y la seguridad. Mientras la “tendencia dura”, que responde a una tecnología soberana de poder, aspira a y promete seguridad, la tendencia “blanda”, reflejo de una tecnología gubernamental, acentúa y actúa mediante el ejercicio responsable de la libertad. Esto lleva entonces a que la clásica contraposición “seguridad o libertad?”, se vea trasladada casi sin darse cuenta a los actuales discursos y prácticas de la política criminal, y repita por tanto la imagen de contradicción. Contradicción que tanto en las ciencias política y jurídica como en la disciplina criminológica y más aún en los discursos políticos partidistas se ha encontrado siempre presente y casi nunca resuelta. Seguridad y libertad no se repelen, así como tampoco lo hacen poder soberano y gubernamentalidad, y por tanto tampoco las dos tendencias político-criminales en cuestión. Actúan en forma complementaria, casi simbiótica. Esta tesis, a la cual considero integradora y explicativa de la política criminal actual, planteo y desarrollo en este trabajo.

### La escisión. Un poco de Jakobs, de Garland y de Foucault

La escisión referida por Jakobs y por Garland, cada uno en un nivel y disciplina de análisis diferente, se dejan explicar por las estrategias de poder foucaultianas que mencioné en párrafos anteriores. Esto no significa que sean lo mismo e identificables, sino que estas estrategias de poder son las que movilizan prácticas, discursos, mecanismos y técnicas que en la actualidad y en el ámbito de la política criminal se reflejan en las tendencias mencionadas. A fin de realizar una exposición ordenada, voy a tratar en los párrafos siguientes en forma separada a ambas líneas criminológicas, identificándolas como correspondientes a estrategias soberanas (referidas a la criminología del otro y al Derecho Penal del Enemigo) y a estrategias gubernamentales (referidas a la criminología del sí mismo y al Derecho Penal del Ciudadano).

#### Estrategias soberanas

De la lectura de los pasajes que a continuación cito textualmente, se desprende en forma ilustrativa la correspondencia que existe entre los análisis de Jakobs, Garland y Foucault. En estos fragmentos funda Garland la idea de una criminología del otro gracias a argumentos por momentos jurídicos, por otros sociológicos e incluso en parte hasta de estrategias de poder, en sentido foucaultiano.

a. “Michel Foucault (1977) [aquí 1989, M.L.B.], en su descripción de la ejecución de Robert Damians, mostró detallada y gráficamente qué duros solían ser los castigos como exhibición pública de un poder soberano, destinado a *reafirmar la fuerza de la ley y reactivar el mito de la soberanía*. Y no obstante John Major es más duro que Luis XV, cuando él o sus ministros adoptan la postura de ser ‘duros con el delito’ (*tough on criminals*), de ‘condenar más y comprender menos’ (*condemning more and understanding less*) (...), y cuando fomentan nuevos poderes para enviar ofensores a *boot camps* o a prisiones de máxima seguridad, o las penas perpetuas, están utilizando deliberadamente la misma *estrategia arcaica*. Una *muestra de fuerza punitiva* contra los individuos es usada para reprimir cualquier reconocimiento de la

incapacidad estatal para controlar el delito y mantenerlo dentro de niveles aceptables. Una voluntad de deliberada crueldad punitiva al momento de condenar compensa mágicamente el fracaso en la provisión de seguridad a la población entera” (Garland 1996: 460).<sup>4</sup>

b. “Actualmente los intereses de los *delinquentes condenados*, cuando son contemplados, son visualizados como radicalmente *opuestos a los del público*. Si la opción reside entre hacer que los delinquentes estén sometidos a mayores restricciones o exponer al público a un mayor riesgo, el sentido común actual recomienda optar por la mayor seguridad. Como consecuencia de esto, y sin demasiada discusión, *los intereses del delincuente y hasta sus derechos habitualmente no son tenidos en cuenta*” (Garland 2005: 294).

c. “*Como la decisión de hacer la guerra*, la decisión de *infligir un castigo duro* ejemplifica el *modo soberano de acción estatal*. [...] El castigo es un acto de poder soberano, una acción performativa que ejemplifica en qué consiste el poder soberano” (Garland 1996: 461).

d. “... la típica *concepción premoderna de ley*, en la cual el objetivo clave de gobierno es *asegurar el poder de la soberanía sobre el territorio*” (Garland 1997: 178).

e. “Al igual que las *sanciones premodernas* de deportación o destierro, las prisiones funcionan ahora *como una forma de exilio* y el uso que se hace de ellas no está tan definido por el ideal de la rehabilitación como por un ideal al que Rutherford llama ‘*de eliminación*’” (Garland 2005: 292).

En estos cinco fragmentos, que son sólo algunos de los muchos posibles ejemplos, aparecen las características que rescata Garland de las corrientes punitivas de los últimos treinta años y que, sin lugar a dudas, también están presentes en el Derecho Penal del Enemigo y las estrategias soberanas: Una forma expresiva de confirmación de la ley, reafirmación de los mitos de la soberanía, técnicas arcaicas y premodernas, enemigos en lugar de ofensores, guerra en lugar de derecho, separación entre los “otros” y “nosotros”, exclusión, aniquilación, etc.

Algo más complicada que esta comparación de descripciones es la cuestión de la explicación y

<sup>4</sup> La cursiva de esta cita y de las siguientes me pertenece.

forma de funcionamiento de estos desarrollos. Se podría poner en duda si los autores tienen o no una misma opinión al respecto. Mientras que el Derecho Penal del Enemigo es presentado como una guerra necesaria contra los peligros y enemigos más severos (Jakobs 2000, 2003), el análisis de Garland parece ver a la corriente punitiva – respuesta estatal no adaptativa frente al crecimiento del delito y la ineficiencia del sistema penal – como un intento de ocultar la imposibilidad de controlar el delito y por tanto la incapacidad de protección por parte del Estado. La reacción punitiva, que sólo intenta el fortalecimiento del mito de la soberanía mediante medidas violentas y expresivas, sería de este modo una especie de engaño, una manifestación de la impotencia estatal. Y en esta dirección podría entenderse también la afirmación de Garland cuando trayendo a la memoria a Nietzsche y a Durkheim, dice que “regímenes políticamente fuertes no necesitan recurrir a sanciones intensamente punitivas. La punitividad puede plantearse como un símbolo de fuerza, pero debe ser interpretado como síntoma de autoridad débil y controles inadecuados” (Garland 1996: 445). Sin embargo este no parece ser el caso, y hasta me atrevo a decir que tampoco Foucault estaría de acuerdo con ello. El poder soberano no es sólo una manifestación simbólica de poder, sino que también una manifestación real; se muestra en el gasto, en la posibilidad de derroche de violencia, dinero y símbolos de autoridad (Foucault 2002), lo que por su parte reconoce Garland (1997: 207). Pero también hay una cierta instrumentalidad en su ejercicio: En esta forma protege y defiende el *Souverän* su persona, su investidura y su territorio. Pero ya hace mucho tiempo que la soberanía no tiene que ver sólo con el territorio, sino también con la población que habita este territorio, población que es al mismo tiempo explicación y condición de existencia del poder soberano (Foucault 2004: 134 ss.). Por ello es inevitable pensar en una función de protección y defensa “extendida” – aún cuando no necesariamente debe ser analizada como efectiva -. Las diferentes técnicas de la criminología del otro son técnicas adoptadas por el poder soberano actual, que no se diferencian demasiado de las antiguas: *exclusión*, por ejemplo en la expulsión o la reclusión por tiempo indeterminado; *muerte*, tanto legal como ilegal, o tal vez política; (*intento de eliminación de peligros* en general, por

ejemplo mediante la tortura. Esta idea – función simbólica junto a función instrumental - es puesta de manifiesto por Garland no siempre en forma clara, ya que mientras en algunos textos rescata exclusivamente las formas expresivas de la criminología del otro, en otros hace referencia a una doble forma de actuación, reconociendo en las corrientes punitivas “un registro de pena expresivas” y “un registro instrumental, que acentúa la defensa de la sociedad” (Garland 2003: 41). Esta última posición es la que se encuentra también en su obra más importante y reciente sobre el tema (Garland 2005: 239/240), por lo que entiendo que es la que trasluce la idea actual de Garland. Y es en definitiva la misma idea planteada por Jakobs, quien habla del Derecho Penal del Enemigo como cristalización del “derecho a la seguridad” de los ciudadanos (Jakobs 2005: 1), sin negar por ello el rol simbólico y expresivo del lenguaje bélico que utiliza.

La necesidad mutua entre soberano – hoy Estado – y sociedad disuelve en este punto la contraposición propia que presentaban en la modernidad. El soberano actual ya no es “externo” o “trascendente” respecto de su gente. Es producto él mismo de esta gente, de esta población social y no puede mantener su existencia fuera de ella. La sociedad (*Gesellschaft*), imagen social de la población está grabada de estructuras estatales y vuelca los más profundos miedos y esperanzas existenciales en la figura del Estado. Se pertenecen mutuamente. Se integran mutuamente, aunque en retóricamente deban ser diferenciados. Todo lo que de alguna manera pueda ser peligroso para el Estado, se torna peligroso para la sociedad. Y viceversa, todo lo que es percibido por la sociedad como una amenaza, se transforma en amenaza para el Estado. De esta manera se alimentan mutuamente las representaciones sobre el delito de los individuos y del Estado: Mientras más temor al delito hay en la sociedad, más sencilla y rápida es la aceptación del control e intervención estatales; y mientras más peligros o amenazas se despliegan sobre el Estado – o sean percibidos como amenazas y peligros por los actores estatales -, más alarma y reclamos de seguridad habrá en la población (Foucault 1992: 104). La criminología del otro de Garland, y el Derecho Penal del Enemigo de Jakobs ponen en evidencia

este aspecto no sólo expresivo sino también defensivo del poder soberano estatal. Por esto propongo denominar en adelante a este conjunto de prácticas, discursos y mecanismos como Política Criminal de la Seguridad.

#### *Estrategias gubernamentales*

Por parte de la criminología del sí mismo existe también una lógica estratégica que deja esclarecer la política criminal actual. El desarrollo de tecnologías gubernamentales, en las cuales el fomento de los procesos naturales adquiere importancia y la economía (política, social, y en definitiva también individual) se convierte cada vez más en medida y guía, ha recibido en el último tercio del siglo XX nuevos impulsos y aire fresco desde que el liberalismo y luego el neoliberalismo sentaron nuevas reglas de juego, especialmente luego del fracaso del Estado de bienestar. Este desarrollo, que ha sido designado como la “economización de lo social” (Rose/Miller 1992) se ha acentuado marcadamente en el último tiempo.

La gubernamentalización el Estado de la que hablaba Foucault (Foucault 2004: 162), no implica sólo transformación estatal sino y tal vez especialmente gubernamentalización subjetiva, es decir, procesos de subjetivización por medio de los cuales fue posible la emergencia de subjetividades pos- o tardomodernas. Estas subjetividades – o sea sujetos, que están atravesados y formados por mecanismos de poder centenarios que han hecho de ellos lo que hoy son y, aún cuando hubiera sido posible, no algo distinto – se implican en una nueva forma del gobierno a distancia, que no necesita ninguna intervención directa e inmediata, puesto que “cuando cada uno puede trasladar los valores de los demás a sus propios términos, de tal forma que estos términos provean normas y estándares para sus propias ambiciones, juicios y conducta, queda conformada una red que permite gobernar ‘a distancia’ (*at a distance*)” (Rose/Miller 1992: 184).

Los Estados “distanciados” toman la economía como forma de conocimiento y promueven la participación de los sujetos mediante el ejercicio útil y productivo de su libertad. Mientras tanto los sujetos aprenden, ejercitan, disfrutan y en cierta

medida se sienten obligados a adaptarse a las responsabilidades propias de tan generosa oferta y procurar permanecer dentro de estas estructuras abiertas. Estructuras abiertas que ya no se identifican más con las de una sociedad moderna, sino que tienen que ver con amplios globalismos y reducidos localismos – *Postsocialidad*. La subjetividad individual, cuenta cada vez menos con los sujetos corporales individuales, sino más bien con “seres” (*Wesen*), que si bien son formados, al mismo tiempo carecen de forma y cada vez tienen que ser más adaptables. Estos “dividuos postsociales” (de Marinis 1998: 36, Deleuze 1995) ganan y pierden subjetividad al mismo tiempo, ya que tienen más responsabilidad y libertad, pero al mismo tiempo menos reconocimiento social y cultural que se diluye en la corrientes torrentosas de la economización. Los sujetos asumen la responsabilidad por la conducción de su vida tanto como por la atención y prevención cotidianas respecto de todos los aspectos de su existencia (salud, trabajo, criminalidad, subsistencia, futuro, etc.). Los desafíos de las más actuales y aguzadas tecnologías gubernamentales – desde el último tercio del siglo pasado – se reflejan entonces también en los campos de la criminología y la política criminal. Los procesos de economización atraviesan reticularmente lo social. También la seguridad es transformada en bien adquirible, y por eso “la comercialización de la seguridad requiere de individuos y grupos que actúen como actores ‘electores racionales’ (*rational choice actors*) sopesando las dimensiones de riesgo y seguridad de la interacción social” (Crawford 2000: 200). Los principales destinatarios de estas medidas públicas y discursos criminológicos gubernamentales ya no son entonces los ofensores o los “delincuentes”, sino las víctimas, las víctimas potenciales y la sociedad en general, que tiene que seguir el paso a esta prevención “responsabilizante”.

La criminología del sí mismo o criminología de todos los días (*criminology of everyday life*) muestra precisamente este desarrollo a través de procesos de “responsabilización”, de *governance-at-a-distance* y de gerenciamiento de riesgos, los cuales ponen de manifiesto las técnicas concretas de la gubernamentalidad actual. Siguiendo premisas económicas, el delito deviene un fenómeno normal y calculable que debe ser

gerenciado en forma inmediata y directa por los sujetos afectados o potenciales afectados. En este ámbito del control *soft, diet*, “bajas calorías” y cotidiano del delito (De Marinis 1998: 34) y para los casos donde el delito no pudo ser impedido y el ofensor fue descubierto, ingresa la cuestión en el ámbito del derecho penal o, siguiendo a Jakobs, del Derecho Penal del Ciudadano, donde el ordenamiento, procurando optimizar esferas de libertad (Jakobs 2005), trata con sujetos racionales que no se encuentran excluidos ni son excluidos por estas medidas, o sea sujetos que estaban y siguen estando *in* (De Marinis 1998: 34).

Importante es señalar que la libertad de la que hablaba Foucault en relación a la gubernamentalidad era distinta a la libertad a que se refiere Jakobs en su análisis, y ambas se diferencian a su vez de la libertad de que habla Garland. Jakobs piensa una libertad “moderna”, una libertad que se protege legalmente y se disfruta en forma individual. Una libertad que se apoya en la Constitución y que es reconocida dentro de los derechos humanos. Una libertad, en definitiva, a la que tienen derecho los ciudadanos y que por tanto se puede negar a los enemigos sin ningún tipo de inconveniente. Garland por su parte, más allá de categorías jurídicas describe prácticas que sólo pueden tener lugar en un cierto ámbito social de libertad y que se adecuan a una concepción más bien neoliberal de la libertad, lo que implica un acento en la libertad y lógica económicas. Mucho más compleja es la idea de libertad foucaultiana. Libertad es en su análisis al mismo tiempo promesa, medio, fin, realidad y símbolo. Esta libertad no es fija sino maleable, una suerte de creación cognitiva, de categoría del campo de saber, que debe ser pensada como campo de posibilidad donde es posible conducir conductas propias y ajenas, así como conducir estas conducciones – o sea, gobernar. Libertad tanto al conducir, como al resistir esa conducción. La gubernamentalidad es por tanto la estrategia donde el desarrollo de esta libertad – como racionalidad política – es maleable, inevitable e irremplazable. No obstante estas diferencias mencionadas, estas concepciones no son contradictorias, sino simplemente distintas, lo cual se explica por las diferentes disciplinas de los autores. Lo importante es sin embargo que no el contenido exacto, sino en este caso las

tendencias y el sentido de estas tendencias ofrecen posibilidades explicativas. Los tres autores resaltan la cuestión de la libertad, lo que me permite aunar este grupo de prácticas, discursos y mecanismos bajo el nombre de Política Criminal de la Libertad.

#### **Nuevo Orden Interior**

En *Nuevo Orden interior y Control Social* explica Michel Foucault que el Estado de bienestar ya no está más en condiciones (él escribe en 1978) de tener todo bajo su control (1991). Foucault vislumbra dos escenarios que podrían desarrollarse de acuerdo a esta situación. Uno de ellos es el de un Estado totalitario monopartidista, fascista; el otro el de una complicada y refinada forma de “desinversión estatal”. Foucault ve esta última forma como la más probable y presenta las cuatro características que tendría el Estado en este escenario: i. El marcaje de zonas ‘vulnerables’ – no en sentido geográfico –, en las que reinaría máxima seguridad; ii. El establecimiento de ámbitos donde el control es más relajado; iii. Una suerte de red de información general y permanente por parte del Estado y sobre los individuos; y iv. La conformación de un consenso que pasaría por toda esta serie de controles y coerciones “sin que el poder tenga que intervenir por sí mismo, sin que tenga que pagar el costo muy elevado a veces de un ejercicio del poder, va a significar una cierta regulación espontánea que va a hacer que el orden social se autoengendre” (Foucault 1991: 166).

Este nuevo orden interior pensado por Foucault parece haber pronosticado el doble camino adoptado por la política criminal en la actualidad. Los ámbitos en los cuales no puede haber ningún tipo de permiso o consideración y en los que por tanto todos los peligros deben ser neutralizados, son sin duda alguna los ámbitos en los cuales el poder soberano aplica severamente métodos de exclusión respecto de aquellos que amenazan la seguridad – por ejemplo por terrorismo, crimen económico u organizado, delitos sexuales, tráfico de drogas... como lo ha visto Jakobs en la legislación alemana y Garland en el desarrollo de las sociedades neoliberales avanzadas. Una política criminal que aspira a la seguridad – a todo costo – y que nuclea tanto a la criminología del otro como al Derecho Penal del Enemigo, se

muestra como la tecnología de defensa y lucha por antonomasia. La segunda característica de este orden interior pos-welfarista se corresponde por su parte con la lógica gubernamental y, por ello, con las técnicas propias de una política criminal que se maneja fundamentalmente en base a ámbitos de libertad. Aquí se observa menos intervención estatal y el fomento y fortalecimiento *at-a-distance* (“a distancia”) de la responsabilidad comunal e individual. Esta faceta del control se ve así caracterizada por las nociones de prevención, de disminución de riesgo y por una representación “racionalizante” y “normalizadora” tanto de delitos como de ofensores, todo lo cual nos remite a la criminología del sí mismo planteada por Garland. El fomento del consenso, que Foucault menciona como cuarta propiedad, se desprende (sin acción estatal violenta, directa o visible) de la combinación de las mencionadas estrategias de poder soberana y gubernamental, de la complementación recíproca de seguridad y libertad. Los sujetos que se desenvuelven en los ámbitos “liberales” (propia de la lógica percibida como “blanda”) toman a su cargo el control y manejo de riesgos y se perciben a sí mismos como beneficiarios de las medidas adoptadas en los ámbitos de “seguridad” (aquellos de la lógica “dura”). La intervención soberana directa tiene lugar únicamente en los casos en que se presentan amenazas serias a la seguridad, ya que una permanente acción estatal no sólo económicamente, sino principalmente estratégicamente, ya no es posible. Existe por tanto una especie de consenso que se logra a partir del equilibrio entre racionalidades de seguridad y racionalidades de libertad. Un Estado “gubernamentalizado” permite el aumento constante de servicios privados de seguridad, de barrios cerrados y de policiamiento barrial, ya que la existencia y desarrollo de este tipo de técnicas fomenta el ejercicio productivo de responsabilidad y libertad y, al mismo tiempo, resuelve dificultades o problemas molestos pero no graves, que de otro modo deberían ser asumidos y regulados por el Estado. Los riesgos son entonces regulados *at-a-distance* y de una forma acorde con los requerimientos del mercado. Una sociedad, por su parte, que pretende ser protegida por el poder soberano estatal, no sólo tolera sino que incluso exige la adopción de toda medida que sea necesaria para su propia

seguridad – da lo mismo qué, da lo mismo cómo. Tanto peligros como enemigos deben ser neutralizados.

Las estrategias soberanas y las estrategias gubernamentales logran en su interrelación un consenso increíblemente sólido. Importante en este escenario es la tercera característica mencionada por Foucault, acerca de unas constantes y fluidas comunicación y transferencia de información a través de la red social, las cuales no son difíciles de lograr en estos tiempos de la informática, de las fuentes de información multimediales y de la globalización. Un control permanente, tecnológicamente complejo aún y logra el ejercicio óptimo de estrategias soberanas y gubernamentales. Un ejemplo ilustrativo de este escenario vislumbrado por Foucault y hecho realidad en nuestros días es el uso de las cámaras de video para vigilancia (CCTV). El sistema de CCTV es utilizado para el ejercicio soberano del poder estatal en la detección de peligros y amenazas por ejemplo en los aeropuertos, o para identificar con posterioridad a los autores y reconstruir los pasos de un ataque terrorista. Por parte de los particulares se montan cámaras de CCTV en ejercicio de técnicas gubernamentales de minimización de riesgo o en el trabajo conjunto con la policía en los planes de “vecinos en alerta”.

El consenso del que hablaba Foucault es a mi entender la idea clave para comprender el funcionamiento de la política criminal actual. Este consenso es por una parte resultado de la simbiosis entre distintas estrategias de poder, simbiosis que produce una cierta coherencia – si bien no siempre visible – y apoyo recíproco de las prácticas, discursos y mecanismos de la política criminal. Este consenso es hoy más necesario que nunca, ya que las estrategias soberanas de poder, que desde los tiempos de la Modernidad aparentemente habían perdido importancia al punto que muchos creyeron que habían desaparecido, han permanecido en cambio siempre presentes, pero en forma encubierta, oculta. En el campo de la política criminal este poder soberano, poder de seguridad, estuvo claramente presente en la escuela positivista italiana que luego se extendió al resto de Europa e incluso a Latinoamérica. En aquel tiempo no hubo dentro de la criminología una

“contracorriente” de envergadura que equilibrara y complementara – como sucede en nuestros días – la fuerza de esa política criminal de la seguridad. El poder soberano defendía a una sociedad sana de los peligros que pudieran “degenerarla”, y se dio en aquel tiempo – inicios del siglo XX – como un ejemplo de la “reducción de la gubernamentalidad del Estado” de la que hablaba Foucault (Foucault 2004a: 260 ss.). En aquella época los Estados podían mostrarse como fuertes y soberanos, lo cual no es posible para los Estados neoliberales actuales. La gubernamentalización – coincidente con la formación - del Estado que se inició en el siglo XVI, ha vivido a lo largo de los siglos avances y retrocesos alternativamente. Pero desde los años cincuenta del pasado siglo XX se ha desarrollado y fortalecido en forma ininterrumpida, fundamentalmente hombro a hombro con el neoliberalismo. El proceso ha sido tan importante, que ha causado una aparente paradoja: más gubernamentalidad y más estrategias de libertad requieren de más poder soberano y de estrategias de seguridad. “Si la integración del cuerpo social no puede ser lograda mediante persuasión, debe ser garantizada en última instancia por medio de la fuerza. Bajo estas circunstancias no debemos sorprendernos si la confianza en tecnologías actuariales y autorregulatorias para la mayoría, coexiste con la confianza en los intentos para dominar con tecnologías soberanas importantes sectores de la población que devienen problemáticos (Valverde 1996)” (Stenson 1998: 344)<sup>5</sup>.

El desarrollo de la criminología del sí mismo no puede ser entendida en la actualidad si no se considera a la criminología del otro, y vice versa. Ámbitos de seguridad y de libertad construyen consenso, complementariedad.

Cuando el poder soberano es ejercido fuera de la propia población, significa este ejercicio – no siempre, pero generalmente – guerra. ¿Pero qué significa cuando es ejercido dentro de la propia población y para la exclusión de partes de esta población?. Este ya no es un problema de la seguridad exterior, sino de la seguridad interior y

<sup>5</sup> El texto de Mariana Valverde al que hace referencia Stenson es: “Despotism and ethical governance”, en: *Economy and Society* 23(3): 357-372.

fundamentalmente de la política criminal. La política criminal (de la seguridad) refleja por lo tanto el punto en el cual la biopolítica actúa dentro de los límites estatales y según pautas de normalidad/anormalidad (y no necesariamente según el derecho) neutraliza y excluye a una parte de la población; a aquella que resulta peligrosa o representa una amenaza para el resto de esa misma población o para el Estado – “institucionalización” de esa población –. Se trata de exclusión, y no de una inclusión forzada como deja suponer el texto de Stenson. El control social que aspiraba a lograr la inclusión de los desviados fue el control social moderno, disciplinario. En el caso del control postsocial y posmoderno en ningún momento se obliga a los individuos a adaptarse e incorporarse. Aquellos que no se adaptan y que representan un peligro son excluidos – se lo incluye mediante una excepción en la lógica soberana, y de este modo quedan “suspendidos” “nudos” en derechos y en vida, son un *homo sacer* excluido mediante esa fatal inclusión. Aquellos que no representan un peligro permanecen anónimos e ignorados hasta que en algún momento terminan siendo considerados peligrosos (comp. Lapeyronnie 2001).

Poder soberano, gubernamentalidad y su complementariedad biopolítica explican por tanto la política criminal del presente. Como afirma Stenson, “es un error caracterizar al ‘gobierno en el nombre de lo social’ (*governing through crime*)” como radicalmente separado de la soberanía y de la retórica nacionalista emocionalmente manipuladora. Es más útil presentarlas como lógicas de gobierno que recíprocamente se constituyen y refuerzan” (Stenson 1998: 342). Es cierto que la política criminal actual se muestra con tendencias esquizofrénicas (Garland 2005), pero no es cierto que efectivamente lo sean. Aún cuando ofrece distinto tipo de respuestas a una misma problemática y manifiesta estrategias diferentes entre sí, sus modelos y tendencias producen al actuar en forma conjunta un efecto mucho más contundente del que a primera vista podría pensarse. El mismo Garland da un ejemplo de esto, cuando dice que ambas tendencias “comparten el nuevo énfasis en el fortalecimiento del control (control situacional en un caso, control social y moral en el otro), y ambas representan

giros significativos dando la espalda a las posiciones liberal y conservadora que caracterizaron al primer período del correccionalismo” (Garland 2000: 216). ¿Este acento en el control no es similar a aquello que decía Foucault con respecto a los tejidos de información del Estado sobre los sujetos?. ¿No es este control prueba de la política criminal biopolítica, desde que se implementan al mismo tiempo e interrelacionadas tácticas individualizantes y totalizantes, inmediatas y a distancia?. Libertad y seguridad como promesas, como medios y como fines de la política criminal conforman racionalidades políticas absolutamente diferenciadas, pero al mismo tiempo inseparables. Ambas plantean en la política criminal, como dice Garland, dos direcciones que se diferencian del *correccionalismo*. La política criminal de la libertad es más bien postcorreccionalista, ya que se desarrolló recién con la tecnología de la biopolítica y gubernamentalidad neoliberales, es decir, después de la edad de oro de la (anatomo)política disciplinaria. La política criminal de la seguridad, por su parte, se muestra como pre-correccionalista, ya que la estrategia que se encuentra detrás de esta política criminal encuentra sus raíces en mecanismos de tiempos pre-gubernamentales y pre-disciplinarios, y por tanto propios del poder soberano, como se vio ilustrativamente en los pasajes de Garland citados. La dicotomía o bifurcación contradictoria que se podría desprender de este análisis, se disuelve rápidamente tan pronto se evalúa no el sentido de las tendencias, sino la forma que adquiere la interacción entre ellas.

Este primer acercamiento a la idea de complementariedad biopolítica quiero hacerlo más preciso y detallado mediante el análisis de estas dos tendencias que denomino política criminal de la seguridad, y política criminal de la libertad. En el primer caso, se plantea como tema principal la comprensión de la lógica y mecanismos de defensa, y la cuestión de la identificación dentro de un grupo del *otro*, *peligro* o *enemigo*. Peligros y enemigos generalmente biológicos, pero también económicos. En el caso de la política criminal de la libertad, donde no hay enemigos sino ciudadanos racionales que deben potenciar y ejercer responsablemente sus esferas de libertad, se plantea como núcleo de análisis la

cuestión de la economía, así como la de los riesgos y su gerenciamiento. El estudio de estos elementos resulta fundamental para una posterior comprensión del funcionamiento complementario de las políticas de seguridad y de libertad en la problemática delictiva.

### Política criminal de la seguridad

Cuando Foucault explicaba la estrategia soberana en interrelación con la tecnología biopolítica y afirmaba que el racismo es la única forma en que el “poder de muerte” (propio del soberano que decide sobre la muerte de sus súbditos cuando éstos cuestionan o ponen en peligro su poder) es pensable en coexistencia con el “poder sobre la vida” (propio de la tecnología biopolítica que procura mejorar y fomentar la sana y duradera vida de una población), dijo también: “Podríamos decir lo mismo con respecto a la criminalidad. Si ésta se pensó en términos de racismo, fue igualmente a partir del momento en que, en un mecanismo de biopoder, se planteó la necesidad de dar muerte o apartar a un criminal.” (Foucault 2001: 233). Esto significa entonces que también existe en el ámbito de la política criminal la separación entre normales y anormales, entre aquellos que son beneficiarios del poder de vida, y aquellos que precisamente amenazan este poder de vida y por tanto son destinatarios del poder de muerte. Obviamente se podría objetar que no todos los “delincuentes peligrosos” mueren en manos del Estado. Y esta objeción sería absolutamente correcta. Pero eso no implicaría que aún en estos casos el poder de muerte no es ejercido. Foucault mismo aclaró esta idea: “Desde luego, cuando hablo de dar muerte no me refiero simplemente al asesinato directo, sino también a todo lo que puede ser asesinato indirecto: el hecho de exponer a la muerte, multiplicar el riesgo de muerte de algunos o, sencillamente, la muerte política, la expulsión, el rechazo, etcétera.” (*ib.*: 231). Este poder de muerte, esta estrategia de seguridad expuesta por Foucault hace ya treinta años, hoy no sólo está presente en los discursos, sino también en las más concretas prácticas de la política criminal. Incremento del riesgo de muerte hay en todas las prisiones, que cada vez se asemejan más a *Lager*. La muerte política reduce seres humanos a *homo sacer* (Agamben), personas a individuos

(Jakobs<sup>6</sup>), o seres humanos a sub-humanos (Donald Rumsfeld en Butler 2005: 93). La expulsión y exclusión es en todos estos casos la regla: no necesariamente fuera del Estado, sino fuera de la sociedad abierta, “normal”. Expulsión y exclusión en dirección a *Lager*, dirigidas a zonas del “estado de excepción” (*Ausnahmezustand*), en los cuales *Lager* y nuda vida se encuentran. Jakobs habla de individuos que “actualmente son no-personas” y cuya peligrosidad sólo es neutralizable con medios bélicos, mediante la exclusión. Una “exclusión regulada” (Jakobs 2000: 53), que no tiene que ver necesariamente con el derecho, sino con la norma. Esto es así, “porque vivimos en una sociedad en la que el crimen ya no es más simplemente ni esencialmente la transgresión a la ley, sino el desvío en relación a la norma” (Foucault 1993: 69).

Si se mira la historia de la criminología, o se intenta un acercamiento más bien genealógico de la misma, se puede ver claramente este paso de la ley a la norma que Foucault describe. De la escuela clásica jurídica – siglo XVIII -, para la cual todo estaba – o debía estar – detallada y claramente establecido en el código penal, pasando por las corrientes naturalistas de Quetelet y Gerry – mediados del siglo XIX – y hasta la escuela positivista italiana, según la cual la separación entre normal y anormal era mucho más manifiesta e incluso mucho más importante que el hecho delictivo en sí mismo – fines del siglo XIX, principios del XX -. Este giro, que también ha significado un giro de la libertad a la seguridad en cuanto a las racionalidades políticas que movilizan estos cambios, significa que lo

<sup>6</sup> El Derecho Penal del Enemigo analizado por Jakobs se dirige a Individuos que “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona” (Jakobs 2003: 40). Jakobs no niega la naturaleza humana de estos individuos, pero sí la calidad de personas que, en su análisis, sólo poseen aquellos individuos que se reconocen en su rol de ciudadanos y que reconocen las reglas de la configuración social y estatal, aún cuando esporádicamente no actúen de acuerdo a ellas. Para una mayor comprensión de esta idea y de la diferencia entre persona e individuo en la concepción jakobsiana ver de él *Sociedad, Norma y Persona* (Jakobs 1997).

criminal ya no es más lo que está previsto en el código penal, sino lo que es considerado peligroso<sup>7</sup>. Todo aquello que es aceptado o entendido como anormal, como una amenaza para la población, sus “cosas” y sus procesos. Todo lo que es considerado enemigo y por tanto sólo puede ser vencido mediante el ejercicio del poder soberano. Todo eso es lo anormal. “El derecho de castigar será, pues, como un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos: castigar pertenece a ese ‘derecho de guerra, a ese poder absoluto de vida y muerte de que habla el derecho romano con el nombre de *merum imperium*, derecho en virtud del cual el príncipe hace ejecutar su ley ordenando el castigo del crimen” (Foucault 1989: 53). Pero quiénes son estos enemigos? O, como lo plantea Stenson partiendo del otro extremo... “Promoviendo la cohesión social y la seguridad para la mayoría se demonizan minorías, y surge entonces la pregunta: seguridad pública para quién?” (Stenson 2005: 267).

### i. Bio-biopolítica

No es ninguna casualidad, el que tanto Garland como Jakobs mencionen ámbitos delictivos similares, cuando se refieren a la criminología del otro y al Derecho Penal del Enemigo respectivamente: Terroristas y terrorismo son vistos como amenaza física para la población, los delitos relativos al consumo y tráfico de drogas como amenaza física y psíquica para la salud pública, el crimen económico como peligro para la libre circulación de la riqueza, y el crimen organizado en general como amenaza – y soy

<sup>7</sup> Si bien luego de la escuela positivista ha habido giros hacia una criminología más liberal, e incluso en Estados Unidos ni siquiera había llegado a adquirir real importancia, el desarrollo que Foucault menciona en cuanto al abandono de la ley como pauta única, y la existencia de la ley más bien como “recipiente” de las normas dictadas por requerimientos biopolíticos – y no racionales – es un proceso que llega hasta nuestros días, dándose en los actuales estudios de *security* y seguridad interior un interesante debate acerca de la pérdida de importancia de la ley frente a los requerimientos de seguridad. No ya la ley, sino la normalidad, la necesidad de seguridad frente a los “anormales”, determinan medidas de encierro extra-legales. El caso de Guantánamo es paradigmático en este sentido, pero no un caso aislado.

consciente que esta apreciación aparece como muy amplia e imprecisa – para la libre circulación de riquezas, de bienes, de información. Todos ellos representan un peligro para la vida y desarrollo de la población. Sobre la extensión de los daños que pueden causar y el perjuicio a la vida poblacional pareciera no haber dudas. No por lo pronto desde esta perspectiva biopolítica.

Distinto es en cambio el caso de los ofensores sexuales, particularmente interesante: Su ubicación en el grupo de los delincuentes altamente peligrosos o “portadores de peligro” (“Gefährenträger”) y por tanto en la lista de los extraños y enemigos, no tiene que ver con la extensión a amplios sectores de la población del daño que pudieran causar, sino con la “monstruosidad” que lleva en sí dicho ofensor y con su naturaleza inhumana (Foucault 2002: 167). Qué significa esto realmente?Cuál es el motivo, de que los delitos sexuales sean visto como peligro y amenaza para toda la población? Por qué dirigir contra ellos medidas de tipo combativas? Foucault mostró en la primera parte de su *Historia de la sexualidad* cómo en la tecnología biopolítica actúan conjuntamente mecanismos individualizantes y totalizantes a través de la población (Foucault 2002). Esta población que devino en cuerpo biológico a ser cuidado y que, por esa idea misma de conservación, hizo posible surgir y pensar el problema de la degeneración “de la especie”. Desde ese momento en que aparecen las tecnologías biopolíticas, reaparece entonces también la posibilidad de tácticas soberanas dentro mismo de esas tecnologías. El poder de muerte – soberano - encuentra así su sitio como “protector” del poder de vida – biopolítico -, como protector ante el peligro de la degeneración. Los ofensores sexuales de la actualidad arrastran por ello la mácula de la degeneración, porque – considerado biopolíticamente – sus hechos tienen que ver no sólo con sexualidad, sino también con (in)salubridad y (a)normalidad. Reúnen las tres figuras de la anormalidad que desde el siglo XVIII fueron tema de la psiquiatría, de la medicina y del derecho: el monstruo, el incorregible y el onanista (Foucault 2000: 61 ss). Las tres figuras permanecen desde aquellos tiempos y hasta hoy como amenaza biopolítica para la población. En la última clase del ciclo de lecciones sobre los anormales (clase del 19 de

marzo de 1975), conecta Foucault los mecanismos que ha ejercido el poder biopolítico sobre estos individuos, con aquellos de la defensa social y, en definitiva, con el racismo biológico que ha hecho posible en el siglo XX al racismo del nacionalsocialismo (Foucault 2000: 269 ss.). Los degenerados, quienes representan una amenaza a la sana procreación de la población, han permanecido como monstruos. Las reflexiones de Foucault acerca de la comparecencia de estos “monstruos” ante los tribunales, voy a hacerla aquí extensiva a la situación y consideración actual de los grupos “terroristas” y “traficantes de drogas”. Las tres preguntas que los jueces una y otra vez plantean a los psiquiatras:

“¿El individuo es peligroso? ¿El acusado es pasible de castigo? ¿El acusado es curable?, tenían poco sentido en relación con el edificio jurídico del Código Penal tal como funciona todavía hoy. Preguntas sin significación con respecto al derecho, preguntas que tampoco tienen significación con respecto a una psiquiatría que se centre efectivamente en la enfermedad; pero que tienen un sentido completamente preciso cuando se plantean a una psiquiatría que funciona esencialmente como defensa social o, para retomar los términos del siglo XIX, como ‘caza de los degenerados’. El degenerado es el portador de peligro. El degenerado es quien, hágase lo que sea, no es pasible de castigo. El degenerado es quien, de todas formas, será incurable.” (Foucault 2000: 295).

El ofensor sexual es entonces, según esta lógica, anormal, peligroso e incurable. Así como los “terroristas” y los “traficantes de drogas”, que ponen en peligro la sana y duradera existencia de la población. Y esto no porque hayan cometido un delito o por haberlo intentado, no por motivos jurídicos, sino por motivos biopolíticos. Por eso deben ser separados de la sociedad normal. Por eso deben ser excluidos. Pero no para su tratamiento o disciplinamiento – son incurables, inmejorables – y tampoco para su castigo – no son pasibles de castigo -, sino sólo a los fines de su neutralización. Ya lo ha dicho Jakobs, que estos enemigos no son intimidables y que por eso deben ser combatidos no con el sistema comunicativo del derecho, que ellos no entienden, sino con el instrumental de la guerra (Jakobs

2000: 53/54). Algo parecido tenía en mente Donald Rumsfeld respecto a los detenidos en Guantánamo Bay, cuando dijo – en realidad, gritó – a los periodistas que preguntaban por los derechos humanos de los prisioneros, que lo único que él intenta es sacar a esta gente de circulación y mantenerla lejos de las centrales nucleares para que no puedan matar a más personas, porque esta gente tiene que ser encerrada para que no mate (conf. Butler 2005: 103). Es claro que este es un caso extremo, pero es actual y preciso y, al mismo tiempo, un ejemplo de la internacionalización de la biopolítica en el ámbito de la política criminal, donde los peligros internos y externos, y la política criminal y la guerra internacional se entremezclan.

La estrategia soberana se muestra en la política criminal de la actualidad respecto de estos sujetos portadores de peligros fundamentalmente biológicos (delitos sexuales, delitos del ámbito de las drogas, terrorismo). Su explicación es la necesaria defensa biopolítica de la población frente a los peligros, que - a diferencia de los riesgos- no son gerenciables. Existe el gerenciamiento de riesgos, pero no el gerenciamiento de peligros. Por eso la exclusión.

#### ii. Biopolítica Eco(nómica)

Ya fue mencionado que el “crimen económico” – fundamentalmente el que se relaciona con el crimen organizado - también se encuentra dentro de la categoría de los “peligros”. Tanto Jakobs como Garland los consideran dentro de los enemigos o extraños. Pero podríamos preguntarnos... estos ofensores también pertenecen a la categoría de “otros”, de “extraños” a la sociedad, de “enemigos”? Tienen en sí el “peligro biológico” o la “monstruosidad” que parecen tener los terroristas, los ofensores sexuales o los ofensores del ámbito de las drogas? Yo más bien diría que no.

El viejo delito de cuello blanco devino de ser un delito casi no investigado a ser una amenaza de alta peligrosidad. Pero, como dije, no por su peligrosidad biológica, no porque pueda causar una degeneración de la especie, sino porque el objeto mismo del delito es nada menos que la economía. Esta economía que es blanco y

elemento fundamental de las actuales sociedades neoliberales y gubernamentalizadas, o tal vez más sencillo, de la gubernamentalidad, estrategia de poder que actúa en dirección y con fines económicos, y no en contra de la lógica de la productividad – como suele hacerlo el poder soberano (Foucault 1993: 228). Esta economía tiene que ver con la circulación de bienes, de riqueza, de individuos y de poder y posibilita y requiere al mismo tiempo (aunque pueda sonar paradójico) de una sostenida intervención estatal. “El nuevo orden económico requiere de una autoridad estatal soberana monopólica y coercitiva para suprimir y contener dislocaciones sociales y resistencias” (Stenson 2005: 268). Esta economía es de alguna forma fundamento y fin del actual poder soberano, pero también fundamento y fin de la gubernamentalidad, y por eso debe ser defendida. Más libertad económica implica por tanto más estrategias punitivas de seguridad. En el título *La libre economía y el Estado fuerte: Las políticas del Thatcherismo* se resume la idea de complementariedad entre ambas estrategias (Gamble 1994). El autor expone y critica las ideas económicas de la *escuela neoliberal* de Milton Friedman. Uno de los temas que analiza Gamble tiene estrecha relación con lo que propongo aquí, aunque desde otra perspectiva. Gamble señala cómo para estos liberales – en realidad neoliberales – hay una diferencia importante entre regímenes totalitarios y autoritarios. Una diferencia que normalmente no es destacada. Mientras que los primeros – como por ejemplo el nacionalsocialismo alemán o su contemporáneo régimen soviético – limitan tanto las libertades individuales como la libre economía, reducen los segundos – Pinochet en Chile, por ejemplo – sólo las libertades individuales, mientras que la economía y las relaciones económicas permanecen sin intervención e intocables. Por eso para estos autores que Gamble analiza es preferible el autoritarismo. Lo que sin embargo estos autores deliberadamente no dicen, remarca Gamble, es que en el nacionalsocialismo también estaba permitida una economía de libre mercado. No sería buen antecedente mencionar tal ejemplo, claro. El autoritarismo se relaciona habitualmente con fuerzas militares, que imponen límites a la libertad mediante la violencia. Y es cierto que, en la mayoría de los casos la libre economía no sólo no se limita, sino que incluso se promociona. El

apoyo de las dictaduras argentinas por parte de los gobiernos norteamericanos tenía también estas características: un mercado libre y un estado fuerte y violento. Estas dictaduras, como la mayoría de las dictaduras latinoamericanas de los años setenta y ochenta, tenían por fin no sólo impedir el ingreso o expansión del comunismo hacia los Estados Unidos – o sea una defensa de una población determinada –, sino que también la apertura del mercado, del libre mercado, hasta ese momento intervenido y controlado. No necesariamente en forma tan extrema, pero con una lógica similar se entiende la biopolítica económica que aquí analizo. Si la libertad de la economía es entendida como forma de promover los procesos – vitales – de una determinada población, entonces esta libre economía debe ser protegida, aún a costa del cercenamiento de libertades políticas y civiles.

Para la defensa de las estrategias gubernamentales y los requisitos empíricos de la gubernamentalidad son las estrategias soberanas las indicadas, las cuales en el campo de la política criminal se manifiestan a través de las ya muchas veces mencionadas políticas criminales de la seguridad (criminología del otro, Derecho Penal del Enemigo). El rol de la política criminal de la seguridad como “guardián” de la economía es al mismo tiempo un ejemplo de lo que Jonathan Simon llama el *governing through crime* (“gobernar a través del crimen”). “Gobernamos a través del delito al punto que crimen y castigo devienen en las ocasiones y en los contextos institucionales por medio de los cuales intentamos conducir la conductas de los otros (o incluso de nosotros mismos)” (Simon 1997: 174). En este sentido se puede decir entonces, que la situación económica no siempre “justifica” su defensa. En la mayoría de los casos se trata de amenazas sólo aparentes que son por tanto una pura instrumentalización en beneficio de otro tipo de fines, como suele pasar habitualmente en el abuso partidista de la política. La legítima fundamentación biopolítica del ejercicio del poder soberano tiene su base no aquí, donde el mercado reclama para su exclusivo beneficio el ejercicio de técnicas soberanas, sino en otro sitio, donde se sitúan las reales necesidades económicas y los peligros para el desarrollo económico poblacional (Simon 1997: 179).

A causa de la economización de lo social es entendible que la economía, así como la población misma, tenga que ser protegida de peligros y “degeneraciones” y que, llegado el caso, sea incluso declarado el estado de excepción (Agamben 2004: 20). En estado de excepción las normas pierden “forma”. En el estado de excepción no hay normalidad, pero tampoco anormalidad. Por eso no son las leyes, sino una especie de reglas, o de directivas los únicos puntos de referencia, si es que llega a existir siquiera eso. Y estas reglas, o directivas pueden ser definidas en el actual neoliberalismo – y cuando se llama a estado de excepción –, por la economía misma. “De acuerdo con Schmitt, la directiva aparece porque la legislación está llamada a servir las necesidades inmediatas de la economía. En términos de Foucault, la ley opera más y más como norma – o como táctica, como dice él. Ya no es más expresión de la voluntad de un legislador, sino una expresión de vida en la esfera de la economía. Son las leyes de la economía – así como las de la biología, la psicología, la sociología – las que definen el contenido de la norma informe” (Ojakangas 2005: 17). Carl Schmitt no es el único jurista que ve a la economía como “legisladora”. Jakobs realiza un análisis similar, cuando entiende que el reconocimiento y asunción de la necesidad de un Derecho Penal del Enemigo es un desafío fundamental de la ciencia jurídico penal.

“Este desafío consiste en separar aquello que transcurre bajo el nombre de derecho penal, o sea hacerse cargo de complementar el derecho penal con un derecho de lucha contra el enemigo. Si ella [la ciencia jurídicopenal, MLB] no quiere reconocer la necesidad del último [el derecho de lucha contra el enemigo, MLB] va a ser marginalizada por la sociedad – económicamente dominada – por falta de efectividad: Cuando todo lo que corre bajo el nombre ‘derecho penal’ es tratado por la ciencia penal de igual manera, capitula la ciencia penal frente a la política respecto a sus posibilidades de distinción, se entrega” (Jakobs 2000: 53/54).

Para poder seguirle el paso a los requerimientos de la economía, la ciencia jurídicopenal debe reconocer al Derecho Penal del Enemigo. Para seguir las reglas de la economía – y no las jurídicas – y para no ser “idealistas”, hay que

adaptarse a la economía (por ejemplo ubicando a los ofensores de crimen económico en la categoría de “enemigo”). Estas idean van en la misma dirección que Jakobs señaló en una carta del año 2005: “En breve, un Estado de Derecho no puede hacerse realidad idealmente (según el modelo ideal) bajo cualquier tipo de circunstancias, sin por ello – por debajo de ese ideal – perder su valor” (Jakobs 2005: 2). Es decir, el Estado de Derecho no pierde su valor, aún cuando se encuentre en la realidad por debajo de su ideal. Esta manifestación recuerda la antigua discusión sobre libertad y seguridad en Estado de Derecho. Para mantener en pie el Estado de Derecho, sus premisas deben ser a veces ignoradas. La idea parece ser clara: se debe pensar material y no idealmente. Debe ser reconocida la necesidad de la economía de ser apoyada y defendida – aún cuando esto no sea tenido en consideración desde lo legal o legislativo –. La economía tiene que ver con normas y con libertad, y no con derecho. Y pertenece por ello al campo biopolítico del poder de vida.

“El Biopoder se halla por tanto por fuera de la ley” (Ojakangas 2005:18). *Ser viviente* en lugar de *sujeto de derecho*... “La deconstrucción de Foucault de una comprensión jurídica del poder trae consigo la construcción de una comprensión corporal del poder” (Reuter 2003: 203). Esto es lo que se advierte hoy en análisis de todo tipo y materia.

La economía explica al menos en parte tanto a la criminología del otro, como a la criminología del sí mismo. Poder soberano y gubernamentalidad se funden así en formas económicas, también en la política criminal, como muestra Stenson: “Prácticas soberanas operan en nombre de y con los recursos de la autoridad estatal central y de la ley. Esto es así incluso ahí donde los elementos del poder soberano, por ejemplo en la vigilancia electrónica de ofensores, se encuentran subcontratados a corporaciones comerciales” (Stenson 2005: 273). Que el poder soberano sea normalmente ejercido estatalmente no significa que sus técnicas no puedan entremezclarse en la lógica económica de la privatización y la *commodification*<sup>8</sup>. Cuando los individuos en

<sup>8</sup> El término *commodification* presentado por Steven Spitzer hace referencia al desarrollo que se ha

todos los ámbitos de su existencia son regidos – interna o externamente – por medidas económicas, por qué tendría que ser eso diferente en el ámbito de la criminalidad, su prevención y su “combate”?

### Política criminal de la libertad

La cuestión de la economía nos conduce al tema de la política criminal de la libertad, o sea, a la política criminal que no es llevada adelante a través de mecanismos soberanos, sino gubernamentales. Así como la política criminal soberana actúa a través y en miras a una promesa de seguridad, actúa también la política criminal gubernamental a través y con miras a la promesa de libertad, el otro extremo de la tecnología biopolítica actual. Ya vimos que los ofensores de delito económico son considerados enemigos, y vimos que la política económica es parte constitutiva de la lógica gubernamental. La idea es analizar aquí, partiendo de esas premisas, la relación – muy cercana sin duda – entre la economía, que es fomentada e instrumentalizada por las técnicas de libertad, y la economía que es protegida y defendida mediante técnicas de seguridad, así como las implicancias que tiene esta lógica económica en la política criminal en general.

No pocos análisis ponen el acento en la “economización del lenguaje” que ha tenido lugar dentro de la criminología y la política criminal en las últimas décadas. En realidad hay una economización no sólo del lenguaje, sino también de la lógica misma de la criminología y la política criminal (Garland 1997: 185), de modo que hay una especie de “invasión de la criminología y la

venido dando en las últimas décadas, por el cual “todo” es transformado en producto de compra y venta, y por tanto convertido en un bien comerciable, en una *commodity* (Nogala 1995), y por tanto consumible, por lo que el proceso también puede ser llamado *consumerisation*, como hace Crawford (Crawford 2000: 202/203). En este proceso no sólo la salud, la educación, el tiempo libre, sino que también la seguridad (servicios de seguridad privada, empresas de seguros, sprays paralizantes, servicios y sistemas de alarma electrónica, CCTV, cursos de defensa personal, etc.) se han transformado en “bienes adquiribles”, para los cuales rigen las mismas reglas de mercado que para las *commodities* tradicionales.

política criminal por parte del razonamiento económico” (Sack 1998: 45). Casi todas las teorías y enfoques que Garland alista bajo la criminología del sí mismo se entienden con fórmulas económicas. La teoría de la elección racional (*rational choice theory*), el delito como oportunidad (*crime as opportunity*) y el análisis económico del delito (*economic analysis of crime*) como posibles explicaciones de la decisión delictiva, se basan en un balance de costos y beneficios. La prevención situacional del delito (*situational crime prevention*) por parte de la política criminal apunta a lograr la disminución de los costos y el aumento de la efectividad en la prevención. Este proceso no debe ser observado como aislado. Desde que el Estado no actúa a través de, pero fundamentalmente según las reglas del mercado, entonces se encuentran todos los ámbitos “economizados” y no sólo el social, aunque éste sea el más mencionado. Y esto ha pasado obviamente también dentro de la política criminal. Porque un “pensamiento social” es in-económico, se debe pensar ya no más en sociedad, sino en comunidad (*community*). Los problemas son solucionables dentro de las comunidades, en forma inmediata, directa y privada. Los incontables minimales “soberanos”, cuyas decisiones son tan difíciles de regir en la economía<sup>9</sup>, representan y corporizan la única forma de gerenciar los asuntos cotidianos. Y esto no sólo en materia económica sino en todo otro ámbito. El “responsabilizamiento” (algo así como el “hacer responsable a”) de los sujetos alcanza no sólo cuestiones del ámbito de la salud, la educación o la jubilación, sino también del ámbito del delito. La cuestión de la seguridad como “slogan” es, por ejemplo, una estrategia que facilita el gobierno de los individuos y su

<sup>9</sup> Hago referencia aquí a la relación que analiza Foucault de la economía con el poder estatal, y la imposibilidad del Estado de controlar todos y cada uno de los canales económicos, que son regidos por los particulares y por firmas privadas, cada uno de ellos un *Homo oeconomicus* que en su decisión cotidiana e individual va construyendo y forjando las redes económicas y determinando los giros en el mercado (Foucault 2004a: 387). El Estado dejó de ser soberano en el gobierno en el momento en que la economía política pasó a ser – obligadamente – la forma de saber político por excelencia. El poder soberano – estatal -, que no puede expresarse a través de la economía, se muestra entonces mediante su defensa.

responsabilidad en las comunidades: mayor participación, más predisposición a actuar conjuntamente con la policía barrial, mayor contacto con los vecinos y, por tanto, mayor sensación de seguridad, de confianza y de libertad – lo que se traslada también a otros ámbitos de la vida de los sujetos y los “hace” más conformados y conformables en general (Rose 2000: 85). Como mencioné anteriormente: Gubernamentalidad significa la promoción de esferas de libertad, lo que puede ser traducido como el gobierno por, en, y principalmente, a través de la libertad – un ejercicio responsable de la libertad.

Según esta lógica “la situación puede ser ‘gobernada’, pero no puede ser completamente o coercitivamente controlada. Prácticas de gobernanza situacional deben operar claramente y sin obstrucciones, trabajando con y a través de los actores involucrados” (Garland 1997: 187). La criminalidad “normal” es gerenciada de esta forma *at-a-distance* pero al mismo tiempo en forma directa e inmediata, por los mismos particulares. Sólo si esto “funciona”, sólo si los sujetos son hechos y se hacen responsables ellos mismos de sus “inseguridades” cotidianas, puede continuar existiendo la estrategia gubernamental. La población debe desarrollarse a sí misma y para ello debe si no impedir – lo cual es imposible – por lo menos minimizar toda situación de riesgo. Los mecanismos de aseguramiento, de los que hablaba Foucault como técnica de intervención de la gubernamentalidad, se encuentran ahora en manos privadas, que deben moverse en forma suficientemente creativa (Felson 1994)<sup>10</sup>.

El trabajo conjunto de individuos y firmas en las tácticas preventivas situacionales pueden ser entendidas como manipulación tanto de las oportunidades como también de potenciales acciones delictivas - siempre que se cuide de no

<sup>10</sup> Es importante destacar en este punto, que las “técnicas de aseguramiento”, o los “mecanismos de aseguramiento”, son algo bien distinto de la estrategia de seguridad. Mientras los primeros se refieren a la prevención y regulación de factores desestabilizantes para los procesos vitales y económicos, la segunda se refiere a la neutralización de peligros, propia de la tecnología soberana de poder. En un caso se trata del *management* de riesgos, mientras que en el otro de la eliminación de peligros.

entender las racionalidades de libertad como engaño. Según Krasmann los destinatarios de las estrategias neoliberales de la política criminal son “tipificaciones de ofensores, o sea *homunculi de probabilidades*, (...) cuyo comportamiento aparece calculado y calculable en dependencia de contextos situativos” (Krasmann 1999: 117). Por eso regiría la política criminal del presente no sobre la libertad, sino mediante manipulación – no de ofensores, sino de oportunidades – (Krasmann *id.*), lo que puede ser entendido como soporte a la tesis de Lemke, en cuanto a que el *homo oeconomicus* “deviene en el pensamiento neoliberal de la escuela de Chicago en un ser conductistamente manipulable y correlato de una gubernamentalidad, que sistemáticamente modifica las variables del ‘Milieu’ (medio) y que puede contar con la ‘elección racional’ de los individuos” (Lemke 2002: 251). Este tipo de análisis se corresponden con la idea de un conductismo actual, que Stanley Cohen anunciaba hace ya más de veinte años y según el cual ya no más las intenciones o las concepciones morales, sino específicas muestras y determinados tipos de conducta son puestos bajo control (Cohen 1988). La justicia actuarial y la prevención situacional del delito, si bien con lógicas bien distintas entre sí, son tal vez los mejores ejemplos criminológicos de ello. El ámbito de libertad y las posibilidades de libertad son regidos en forma inmediata, pero no hay ningún “contacto” directo con el autor o el presunto autor de un hecho. La despersonalización (*Entpersonalisierung*) de la que hablaba Sack en referencia a las estrategias de seguridad interior, se refleja también en este ámbito (Sack 1995: 448 ss.). “No delitos concretos ni situaciones de peligro son el punto de cristalización de la actividad policial, sino precisamente contextos, estados y situaciones supra-individuales. Dicho de otra manera: no conductas, sino relaciones son hechos el foco de la políticas de seguridad” (Sack 1995: 449). Según una disposición espacial y de acuerdo a cálculos actuariales son gobernadas las situaciones y los riesgos por la política criminal de la libertad y los “sujetos de libertad” encuentran aquí su propio lugar, o deben cuanto menos encontrarlo.

Pero Stenson tiene razón, cuando dice que la teoría gubernamental discursiva y su aplicación en el análisis criminológico normalmente

subestiman el rol de la soberanía y su legítimo ejercicio monopólico de la violencia (Stenson 2005). Sólo dentro de las transformaciones que han tenido lugar en los ámbitos político, social y económico en las últimas décadas fueron posibles la reformulación y la reaparición de formas no encubiertas del poder soberano. O dicho de otro modo: El poder soberano, que es impensable en la sociedades neolibares sin la paralela promesa de libertad y sus consecuencias, puede continuar existiendo sólo como contrapeso de la estrategia gubernamental. El interjuego no es sencillo, en ese punto tiene razón Garland, pero este interjuego es coherente, y no incoherente como él afirma (Garland 1997).

El crimen significa en el imaginario general - y puede ser también así analizado -, a veces un riesgo, y a veces un peligro. El Estado ya no está en condiciones de minimizar riesgos y combatir peligros (Foucault 1991, Garland 1996). En el sentido de las transformaciones neoliberales, las reglas ya no son definidas por el Estado, sino por los requerimientos de la población, que pueden ser satisfechos a través de la libertad económica. Esta libertad económica lleva, como se vio, a todo otro tipo de libertades, que no son ni “naturales”, ni “fabricadas”. Libertades que de todas formas deben ser fomentadas – mediante mecanismos de responsabilización y disminución de riesgo- y protegidas, en caso extremo mediante la neutralización. Jakobs decía con respecto al derecho, que si el Derecho Penal del Ciudadano no quiere perecer, debe ser protegido mediante el reconocimiento del Derecho Penal del Enemigo (Jakobs 2003). Ya sabemos que no el derecho o la ley mismos, sino las normas que se encuentran detrás de ellos son las que tienen sentido y otorgan significados. La naturaleza “natural” de las cosas y no la razón o las leyes se encuentran en juego. Esto significa que no se sigue pensando en términos de legalidad, sino de normalidad. En la normalidad de los procesos hay riesgos, pero un peligro ya no se encuentra dentro de la normalidad, sino que representa una anormalidad. O, dicho de otra manera, una anormalidad, representa un peligro, y no un riesgo. Esto vale también para la comprensión de las nuevas criminologías de la libertad, que tienen una especie de “naturalismo”, por el cual los procesos “reales” son observados y analizados en la práctica misma y en forma práctica (Garland



2000: 217). No se trata sólo de palabras, sino de hechos que deben ser regulados y protegidos. No se trata tampoco de una valoración. La lógica del análisis que propongo se identifica en realidad con la forma de “pensar” de los análisis de gubernamentalidad:

“La problemática de la gubernamentalidad sensibiliza ante la pregunta por la ‘construcción social’ de la verdad – Foucault habla en este sentido de ‘políticas de verdad’ – y su acoplamiento a racionalidades políticas y técnicas de gobierno. [...] En lugar de analizar ideas, programas, teorías, etc. sólo en términos de verdadero/falso, y de considerar la relación de política y conocimiento bajo el punto de vista externo de la legitimación de la dominación o del encubrimiento de la violencia, se dirige el interés analítico al conocimiento inmanente a las prácticas y a la producción y transformación de lo ‘verdadero’” (Lemke 2001: 92).

#### **Política criminal biopolíticamente complementaria**

Tanto Foucault en su trabajo *Nuevo orden interior y control social* (1991) como Deleuze en su *Postscriptum* (1995: 285) habían anunciado que bajo las actuales condiciones de las sociedades postdisciplinarias – o sea en las sociedades biopolíticas gubernamentales – podrían reaparecer formas adaptadas del viejo poder soberano. Esto es exactamente lo que pasó. Y no tiene nada que ver necesariamente con índices de criminalidad o con la sensación de inseguridad. La política criminal es sin embargo el campo en el cual se reflejan con más claridad las transformaciones estatales, políticas, sociales y económicas, aunque “las políticas de delito y de control afectan no solamente contextos de delito y reacción social. El que algo sea o no sea definido como delito, el cómo la conducta delictiva es organizada, rechazada o controlada, todo ello corporiza relaciones políticas en el sentido más amplio, más que sólo luchas por el control estatal” (Stenson 2005: 267). La fuerte gubernamentalización del Estado ha posibilitado la reaparición franca y al descubierto de estrategias soberanas. Esto no significa sin embargo que el poder soberano y las corrientes punitivas en el campo político criminal ganen

importancia en desmedro de la gubernamentalidad.

Gubernamentalización y “soberanización” de los Estados, de la sociedad y por eso también de las políticas criminales son, según mi opinión, desarrollos actuales y paralelos. Por este motivo cuando se dice que las “sociedades industriales avanzadas (particularmente los Estados Unidos) están experimentando no una crisis de crimen y castigo sino una crisis de *governance* que las ha llevado a priorizar al crimen y al castigo como los contextos preferidos para dicha *governance*” (Simon 1997: 173), ésto no debe ser entendido exclusivamente en el ámbito de la política criminal de seguridad. El gobernar a través del crimen tiene tanto que ver con las políticas criminales de la seguridad, como de la libertad, así como lo mostraba Jonathan Simon con el ejemplo del trabajo en comunidad. Fritz Sack entre otros considera que las corrientes punitivas están siendo mucho más importantes y significativas que el movimiento que se da entre las políticas criminales de la libertad (Sack 2003: 63). Si se tiene en cuenta el funcionamiento complementario y conjunto de ambas tendencias político-criminales, que tiene por fundamento el interjuego también complementario de las estrategias de poder en que se fundan, es poco plausible tal primacía de las estrategias de seguridad.

La política criminal de la seguridad complementa una política criminal de la libertad al neutralizar amenazas biopolíticas de una forma que nunca podría ser llevada adelante por los privados o por mecanismos descentralizados ni *at-a-distance*. Por su parte la política criminal de la libertad complementa una política criminal de la seguridad al gerenciar situaciones riesgosas cotidianas a través de los mismos particulares y aliviando de este modo la carga estatal y logrando mantener una – aparentemente deseada y necesaria – distancia del Estado respecto a la sociedad en su cotidianeidad. Sin esta política criminal de la libertad que sigue el paso a los tiempos neoliberales, no sería posible pensar en una política criminal de la seguridad tan abierta, ya que sería económicamente imposible de sostenerse y desde una óptica político social, tampoco sería tolerable una permanente cercana y visible intervención estatal en la vida cotidiana de

la postsocialidad. Un ejemplo muy ilustrativo lo brindan los Estados Unidos. El recorte de libertades y privacidad civiles que significa la normativa de emergencia decidida – y adviértase que digo “decidida” y no legislada – en el marco de la lucha contra el terrorismo, implica una intervención estatal pocas veces vista en ese país (desde la habilitación intervenciones telefónicas dispuestas sin mayor explicación hasta el establecimiento de tribunales especiales militares y de detenciones custodiales con base en procedimientos especiales que nada tienen que ver con la *rule of law*). Si bien hay protestas de organizaciones de derechos civiles, no existe mayor resistencia por parte de la sociedad en general, puesto que estas medidas son tomadas “por su seguridad”, y en pos de la “defensa de su libertad”. Respuestas habituales, que también se han comprobado en estudios sobre CCTV, a la pregunta de si los individuos no se sienten limitados en sus libertades son “No me siento afectado, porque se que esos controles no estan dirigidos a mi... No tengo nada que ocultar... Son medidas necesarias para nuestra seguridad, cómo me voy a quejar?”. La seguridad como racionalidad política habilita medidas que son aceptadas por la “sociedad” y tomadas en contra de los “extraños a” o “enemigos de” esa sociedad. La libertad como racionalidad política pone en acción a esa mayoría, que advierte que el Estado no está en condiciones de reducir los riesgos y controlar las situaciones riesgosas como, entre otros, el delito “racional” cometido por los miembros de la sociedad. En otras palabras, la criminología del otro interactúa con la criminología del sí mismo... El Derecho Penal del Enemigo complementa – en la lógica de este funcionamiento y dejados de lado balances valorativos – al Derecho Penal del Ciudadano.

El ámbito de libertad, como categoría de pensamiento, o sea, como forma de reflexión y praxis de posibilidades, de desarrollos y de resistencias frente a ejercicios de poder externo, ha aumentado enormemente con el correr de las últimas décadas. Aún cuando el ámbito de libertad y la promesa de libertad son difícil y problemáticas de aplicar y alcanzar en la vida cotidiana, permanece la libertad siempre remodelada, como forma y paradigma del gobierno gubernamental. Promesa, ámbito y pensamiento de libertad abren la posibilidad a

promesas de seguridad, a ámbitos de seguridad y a pensamientos de seguridad. Cuando los individuos se sienten “libres” y pueden actuar “libres” no tienen ningún problema con que haya intervenciones visibles inmediatas y permanentes por parte del Estado y de actores soberanos que “crean” o “fabrican” seguridad. Tampoco tienen ningún problema con tomar medidas excluyentes, soberanas privadas (por ejemplo al contratar servicios de seguridad privada en un centro comercial para excluir la presencia de sujetos indeseados). Las técnicas del poder de muerte son permitidas e incluso fomentadas en favor del poder de vida. “Foucault ha ubicado la violencia en el corazón de la identidad social y política. Más aún, ha mostrado la forma en que modernas sociedades biopolíticas están basadas en una violencia que ha sido reificada en códigos, normas y tecnologías de regulación – en un registro político que, en lugar del derecho simbólico del soberano de tomar la vida, tiene como su principio identificatorio la preservación y protección de la vida” (Newman 2004: 24).

Por qué tendrían que ser contradictorios con la libertad de los “normales ciudadanos” las medidas soberanas que se toman contra vagabundos, contra musulmanes, contra terroristas, contra delincuentes sexuales, contra grupos o “miembros” del crimen organizado? Los “ciudadanos normales” necesitan y desean la protección que brinda una política criminal de la seguridad.

Por otra parte, por qué el monopolio estatal de la violencia tendría que verse contradicho por la policía comunitaria, por los servicios de seguridad privada, por las cada vez más surtidos servicios de seguros, por los diseños de la prevención situacional del delito? Todas estas tácticas de la política criminal de la libertad relevan al Estado de tareas y se mueven en un productivo ámbito de libertad, que de ninguna manera podría ser cubierto por mecanismos soberanos de seguridad.

La escisión que se observa en los discursos y prácticas de la política criminal pone en evidencia un procesamiento dicotómico de la cuestión delictiva. Esta dicotomía se encuentra sin embargo muy lejos de ser contradictoria. El surgimiento de políticas criminales de la libertad,

que actúan fundamentalmente privada, individual y económicamente y que tratan con riesgos, sigue una estrategia de poder gubernamental. El surgimiento de políticas criminales de la seguridad, que ya no en forma oculta sino absolutamente al descubierto adoptan medidas de exclusión y básicamente son llevadas a cabo por el Estado para enfrentar peligros, sigue estrategias soberanas de poder. Ambas formas reflejan la lógica de la gubernamentalidad y el poder soberanos biopolítico de la actualidad. Se entremezclan, pero son de todos modos diferenciables. Mientras el lenguaje en un ámbito es de tipo económico, lo es en el otro de tipo bélico. Economía y población, en sus niveles económico y biológico son fomentadas y protegidas al mismo tiempo.

Aquí no se trata de legitimar la función de la política criminal por parte de la sociedad o del Estado, sino de descifrar su forma actual de funcionamiento. La reflexión acerca del interjuego de las distintas manifestaciones de la política criminal y el análisis “conglobante” – para usar un interesante término zaffaroniano – de sus racionalidades, es un ejercicio algo olvidado en la discusión criminológica. Ejercicio que creo hay que recuperar y con la que pretendo colaborar con este trabajo. Sólo entendiendo o, cuanto menos, intentando entender los procesos que nos rodean y dejando en principio valoraciones y pasiones de lado, podemos acercarnos a nuestra realidad, desmenuzarla. Este acercamiento avalorativo no debe ser confundido sin embargo con legitimación o defensa, sino entendido como desafío intelectual. En definitiva se trata de la investigación de prácticas o de sistemas de prácticas y sus racionalidades, roles y funcionamiento. La perspectiva biopolítica que expuse, la libertad gubernamental, el rol del poder soberano - incluso en sus expresiones más extremas - no deben ser entendidos como error, sino, como dijo alguna vez Foucault en referencia a los *Gulags*, como “realidad” que debe ser analizada (Foucault 1985: 75). Recién cuando esta realidad es decodificada y entendida se pueden poner en marcha todas las formas – más y menos posibles - de resistencia.

## BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio 2004 (orig. 2003), *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Butler, Judith 2005, *Unbegrenzte Haft*, en Butler, *Gefährdetes Leben* (69-120), Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Cohen, Stanley 1988 (orig. 1985), *Visiones de Control Social*, Barcelona: PPU.

Crawford, Adam 2000, “Situational Crime Prevention, Urban Governance and Trust Relations”, en: von Hirsch/Garland/Wakefield (Eds.) *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, 193-213.

Dean, Mitchell, 2001, “Demonic Societies: Liberalism, Biopolitics and Sovereignty”, en T.B. Hansen y F. Stepputat (eds) *States of Imagination*, Durham, N.C: Duke University Press, S. 41-64.

Deleuze, Gilles 1995, “*Post-scriptum sobre las sociedades de control*”, en: Deleuze, G., *Conversaciones 1972-1990*, Valencia: Pre-Textos, pp. 277-286. (orig. En *L'Autre Journal*, N° 1, mayo de 1990).

De Marinis, Pablo 1998, “La espacialidad del Ojo Miope (del Poder) (Dos Ejercicios de Cartografía Postsocial)”, en: *Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura* 34-35: 32-39, Dic. 1998.

Felson, Marcus 1994, *Crime and everyday life: insights and implications for society*, Thousand Oaks, Calif. [u.a.]: Pine Forge Press.

Foucault, Michel 1985 (orig. 1977), “Poderes y Estrategias”, in Foucault, M. *et al.*, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid: Alianza Editorial, 73-86.

Foucault, Michel 1989 (orig. 1975), *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión.*, Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Foucault, Michel 1991 (orig. 1978), “Nuevo Orden interior y Control Social” en: Foucault *Saber y Verdad*, Madrid: La Piqueta, 1991, 163-166 (Participación en la Universidad Vincennes, orig. Publicado en *El Viejo Topo*, extra N 7, 1978, 5-7).

Foucault, Michel, 1992, “Entrevista sobre la prisión: el libro y su método” (“Entretien sur la prisión: Le livre et sa methode”. *Rev. Magazine Littéraire*, nr. 101, Juni 1975, 27-33), en: Foucault *Microfísica del Poder*, Madrid: La Piqueta.

Foucault, Michel 1993 (orig. 1976), “Las Redes el poder” (Texto de la conferencia proferida en 1976 en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Brasil), en: Foucault, *Las Redes del Poder*, Buenos Aires: Almagesto.

Foucault, Michel, 1995 (orig. 1978), *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona: Gedisa.

Foucault, Michel 2000 (orig. 1975), *Los Anormales*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, Michel 2001 (orig. 1976), *Defender la sociedad*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, Michel 2002 (orig. 1976), *La voluntad de saber* (Historia de la sexualidad, Tomo 1), México: Siglo XXI editores.

Foucault, Michel 2004 (orig. 1978), *Geschichte der Gouvernementalität I. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Foucault, Michel 2004a (orig. 1979), *Geschichte der Gouvernementalität II. Die Geburt der Biopolitik*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Gamble, Andrew 1994 (orig. 1988), *The Free Economy and the Strong State: The Politics of Thatcherism*, Basingstoke.

Garland, David 1996, “The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society”, en: *British Journal of Criminology* 36(4), 445-471.

Garland, David 1997, “Governmentality and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology”, en: *Theoretical Criminology* Vol. 1 (2), 173-214.

Garland, David 2000, “The New Criminologies of Everyday Life: Routine Activity Theory in Historical and Social Context”, en: von Hirsch/Garland/Wakefield (Comps.) *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, 215-224.

Garland, David, 2003 (orig. 2000), “Die Kultur der ‘High-Crimes Societies’. Voraussetzungen einer neuen Politik von ‘Law and Order’”, in: *Soziologie der Kriminalität. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 43/2003, 36-68.

Garland, David 2005 (orig. 2001), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa.

Jakobs, Günther 1997, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid: Civitas.

Jakobs, Günther 2000, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en: Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, S. 47-56.

Jakobs, Günther, 2003, “Derecho Penal del Enemigo”, en: Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 19-56.

Jakobs, Günther, 2005, Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 a los estudiantes del seminario “*Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie*” (Seguridad y Libertad IV. Estado y Sociedad).

Derecho Penal del Enemigo y Criminología) bajo la dirección de Prof. Dr. Fritz Sack y Dr. Jürgen Kühling, en el marco del Posgrado en Criminología de la Universidad de Hamburgo.

Krasmann, Susanne 1999, "Regieren über Freiheit. Zur Analyse der Kontrollgesellschaft in foucaultscher Perspektive", en *Kriminologisches Journal*, 31 Jg., H.2, 107-121.

Lapeyronnie, Didier 2001, "Die Ordnung des Formlosen. Die soziale und politische Konstruktion von Rassismus in der französischen Gesellschaft", en: *Mittelweg* 36 10(3):79-92.

Lemke, Thomas 2001, "Max Weber, Norbert Elías y Michel Foucault über Macht und Subjektivierung", en: *Berliner Journal für Soziologie* 11:77-95.

Lemke, Thomas 2002 (1. Aufl. 1997), *Eine Kritik der politischen Vernunft*, Göttingen: Argument.

Newman, Saul 2004, "Terror, Sovereignty and Law: On the Politics of Violence", en: *German Law Journal* Vol. 5 N° 5 – 1 May 2004.

Nogala, Detlef 1995, "Was ist eigentlich so privat an der Privatisierung sozialer Kontrolle?", en: Sack, Fritz (Hrsg.) *Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden-Baden: Nomos, 234-260.

Ojakangas, Mika 2005, "Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben und Foucault", en: *Foucault Studies*, N° 2, Mai 2005: 5-28.

Reuter, Julia 2003, "Der Körper als seismograph gesellschaftlicher (Un-)Ordnung", en: *Kriminologisches Journal* 35.Jg. H.3:201-211.

Rose, Nikolas 2000 (orig. 1994), "Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", en: Bröckling/Krasmann/Lemke *Gouvernementalität der Gegenwart*, Frankfurt: Suhrkamp, 72-109.

Rose, Nikolas/ Miller, Peter 1992, "Political power beyond the State: problematics of government", en: *British Journal of Sociology* 43/2, junio, 173-205.

Sack, Fritz 1995, "Prävention – ein alter Gedanke in neuem Gewand. Zur Entwicklung und Kritik der Strukturen ‚postmoderner‘ Kontrolle", en: Gössner, R. (Hrg.) *Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat*, Baden-Baden: Nomos, 429-456.

Sack, Fritz 1998, "Conflicts and convergences in criminology: bringing politics and economy back in", en: Ruggiero, V./ South, N./ Taylor, I.: *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London/ New York, 37-51.

Sack, Fritz 2003, "Governing through Crime", en: *Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat*. Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung/ Forum Berlin in Kooperation mit der Humanistischen Union e.V. am 26. März 2003 in Berlin, hrsg. v. Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin, 59-70.

Simon, Jonathan 1997, "Governing Through Crime", en: Fischer, G./ Friedman, L.: *The Crime Conundrum. Essays on Criminal Justice*, New York: Westview Press, 171-190.

Stenson, Kevin 1998, "Beyond histories of the present", en: *Economy and Society* 27:333-352.

Stenson, Kevin 2005, "Sovereignty, biopolitics and the local government of crime in Britain", en: *Theoretical Criminology* Vol.9 (3):265-287.

## SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE IMMANUEL KANT\*

Kristian Kühl\*\*

### I. Introducción

En el sistema universitario de Alemania la Filosofía del Derecho es una asignatura que se enseña mayoritariamente en las facultades de derecho. Eso se hace evidente sobre todo por la gran cantidad de los manuales de Filosofía del Derecho escritos por juristas. Pondremos una pequeña muestra de ello: *Helmut Coing*, Fundamentos de la Filosofía del Derecho (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*), 5a ed. 1993; *Arthur Kaufmann*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) 2a ed. 1997; *Wolfgang Naucke*, Conceptos fundamentales de la Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophische Grundbegriffe*), 3a. ed. 1996; *Gustav Radbruch*, Manual de Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie – Studienausgabe*) 2a. ed. 2003; *Kurt Seelmann*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), 3a. ed. 2004; *Reinhold Zippelius*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), 4a. ed. 2003. A diferencia de la filosofía, la jurisprudencia es una ciencia de los manuales, es el género literario preferido por los juristas junto con los comentarios, y este hecho también afecta las ciencias básicas como la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho y la Filosofía del Derecho, aunque ésta última no se presta demasiado para ser desarrollado en un manual (lo que no impide que muchos juristas produzcan manuales de Filosofía del Derecho.)

Además de la tendencia de presentar la filosofía del derecho en forma de un manual se hace notorio que en el manejo de la problemática de la filosofía del derecho los juristas direccionan el tema hacia un derecho positivo y buscan una relación con temas actuales, ello también se reproduce en el título de esta contribución. Ello tiene la ventaja que el filosofar jurídicamente no

se escapa a las nubes de conceptos, así pues, no pierde el contacto con la realidad. Pero también tiene la desventaja que las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho y sus problemas generales se vinculan demasiado rápido con problemas actuales cotidianos mediante una acercamiento selectivo ("se escoge lo que se adecua a este instante.")

Para entender bien esta desventaja es importante saber que también los filósofos, en realidad científicos filosóficos, -pero este concepto no existe-, se interesan por la filosofía del derecho, no obstante en un número reducido. Ellos entienden la filosofía como un sistema, por ende ubican la filosofía práctica al lado de la filosofía teórica y colocan la filosofía del derecho junto con la ética al lado de una filosofía práctica. La filosofía del derecho se vuelve de esta manera un área de aplicación de principios de la filosofía práctica y no -como para los juristas- una asignatura básica del derecho como ciencia del derecho positivo. A ese hecho corresponde que por parte de los filósofos la "Filosofía de Derecho" es entendida como concepto competitivo de "Ética del derecho".<sup>1</sup>

Esta ubicación de la filosofía del derecho, como lo han realizado los filósofos, la encontramos también en el sistema propuesto por Kant. Él separa su filosofía práctica "*Metafísica de las Costumbres*" de 1797 en dos partes: "Parte primera: Principios Metafísicos del Derecho"<sup>2</sup> y "Parte Segunda: Principios Metafísicos de la Moral". Según la terminología contemporánea se podría decir que divide la filosofía práctica en Filosofía del Derecho y Ética.

No obstante el reconocimiento que aún goza la filosofía de Kant, la filosofía del derecho, tal como lo presenta en la *Metafísica de las Costumbres*, fue durante mucho tiempo infravalorado en Alemania.<sup>3</sup> Las razones para su

<sup>1</sup> Véase, Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2001.

<sup>2</sup> La "Doctrina de Derecho" se cita según los Escritos de Kant editado por la Academia Prusiana de Ciencias (*Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften - AA*), Berlín 1902 s., por ejemplo: VI 203 corresponde al Tomo 6, Pág. 203.

<sup>3</sup> Más acerca de este tema acompañado de varios ejemplos, véase Kühl, *Rehabilitierung und*

\* Título original: "Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Immanuel Kants". Texto traducido del alemán por Dorothea Ortmann y Andy Carrión.

\*\* Catedrático en las Universidades de Tübingen, Erlangen-Nürnberg, Gießen, Alemania.

menosprecio durante más de 150 años son antiguas pero persistentes:

- El texto de la Doctrina del Derecho parece ser oscuro y difícil; algunas partes del texto aparentemente fueron mal ubicadas al momento de su publicación;
- La “*Metafísica de las Costumbres*” a más tardar desde de la condena realizada por Schopenhauer en el año 1820 (“como un muy mal libro”) cuenta como una obra accidentada por la vejez de su autor;
- En la doctrina jurídica, se le reprocha a Kant el haber regresado metodológicamente al dogmatismo y al antiguo derecho natural.

Sobre todo el último punto de la crítica, que se origina a partir de la época de la aplicación de métodos, o del neokantismo que exagera en lo metodológico apareciendo en el cambio del siglo XIX/XX, ha impedido la dedicación estricta con la doctrina del derecho, a tal punto que se reduce todo a un método; argumento que se repite muchas veces incluso en la muy influyente “*Introducción a la Filosofía de Derecho*” de Artur Kaufmann. En tal sentido leemos en la quinta edición de 1989 que Kant presentó en su obra tardía “un punto de vista no muy crítico acerca del Derecho Natural,” especialmente en lo referido a su teoría de la justicia, la cual no se encontraba a la altura de su época (p. 59 s.). Este argumento no ha variado en la 7ª edición actual de 2004 (véase Pág. 56 y ss.), además se reimprime en ella la introducción de la 6ª edición de 2001 sin modificarla, en homenaje a su reciente fallecido autor Artur Kaufmann.<sup>4</sup>

Esta crítica realizada a Kant debe ser rechazada puesto que el tiempo ha demostrado que la misma se ha vuelto obsoleta, ello desde que a partir del inicio de los años ochenta del siglo XX tanto los filósofos del derecho como los juristas dedicados a la filosofía del derecho, se ocuparon de la doctrina del derecho de Kant. El autor de esta contribución ha podido constatar una cierta rehabilitación de la doctrina del derecho a partir del año 1991, lo cual puede ser corroborado con

varios ejemplos específicos.<sup>5</sup> Aquí añadimos como una evidencia más de ello la aparición de la exitosa serie “*Explicar a los clásicos*”, cuyo primer tomo, titulado: “*Immanuel Kant, comienzos metafísicos de la Doctrina del Derecho*” se publicó en 1999. Este tomo, editado por Otfried Höffe, uno de los filósofos más importantes de la rehabilitación Kantiana, contiene 14 contribuciones de autores de lengua alemana e inglesa, quienes son en su mayoría filósofos y juristas. A la última categoría pertenece el autor de esta contribución, aunque también siguió un estudio en filosofía que concluyó con un doctorado.

## II. Elementos para un Estado Social en la doctrina de la propiedad privada

El autor de esta contribución ya se ha planteado en su tesis doctoral en filosofía la pregunta de si la doctrina de la propiedad privada de Kant se encuentra abierta o no a elementos de un Estado social (Véase: Kristian Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung - Zur Aktualität der kantischen Rechts- und Eigentumslehre*, 1984). Fue grande la resonancia que recibió este trabajo, aunque en su mayor parte crítica. Lamentablemente tenemos que renunciar a presentar la doctrina de la propiedad de Kant en este trabajo, no sin confirmar nuestra tesis de la posibilidad de incluir los elementos de una doctrina para un Estado social.<sup>6</sup>

Según Kant sólo “la voluntad unida a priori” determina en un Estado burgués “qué es derecho, qué es lo justo y qué es lo adecuado.”<sup>7</sup> Con ello surge la pregunta si esto implica la obligación para el legislativo de dar un reglamento para la interpretación de la propiedad. O ¿acaso el Estado no juega un rol tan importante para asegurar la propiedad provisional adquirida de manera natural? Más concretamente: ¿el rol del Estado es solamente restrictivo para asegurar la propiedad pre-estatal adquirida en un estado natural o su rol es preventivo para ofrecer las condiciones que son necesarias para poder crear una propiedad, y,

en el caso que éstas condiciones hayan desaparecido, volver a establecerlas?. Aparentemente un Estado de bienestar no conjuga con una doctrina de la propiedad privada porque aquella tiene que redistribuir permanentemente los bienes adquiridos sobre la base de una libertad de producción. Una obligación estatal para una distribución equilibrada respecto a las posibilidades de propiedad privada y la libertad de producción encontraríamos quizá en la doctrina de Kant referido a la propiedad.

La crítica que recibió mi tesis – afirmando que un “Estado socialmente funcional y libre” se enmarca dentro del margen de la doctrina de propiedad de Kant - se basa esencialmente en el texto de la doctrina kantiana del derecho, expuesto en la *Metafísica de las Costumbres* de 1797. Este texto realmente no permite una identidad entre una libertad externa, visto como independencia frente a una voluntad ajena y opresiva,<sup>8</sup> y una libertad que entiende la igualdad de posibilidades como la base para el ejercicio libre de las actividades económicas. De la última no se habla en la filosofía del derecho, por lo menos no de una manera explícita. Por esta razón no vamos a encontrar en ella indicios explícitos para un componente de un Estado de Derecho que fundamente por completo la protección de la propiedad y la libertad. En el § 9, capítulo primero, leemos: la “Constitución burguesa asegura a cada uno lo suyo, pero no lo precisa ni lo determina”.<sup>9</sup> De manera más específica se añade en § 15, en el segundo capítulo referido a la compra: “Lo indeterminado en relación a la cantidad así como a la cualidad del objeto adquirido hace de esta tarea (de la única originaria adquisición) entre todas las existentes la más difícil de disolverla”,<sup>10</sup> pero tampoco se formula a través de ella un rol activo del Estado para proponer la igualdad de las posibilidades en la adquisición de la propiedad, lo que pondría límites para la adquisición de la propiedad.

A pesar de este resultado inequívoco, en el texto sobre la Doctrina del Derecho encontramos también algunos principios que pueden ser considerados para la adquisición de la propiedad, así como limitaciones para aquel que tiene el

poder sobre ella. En este sentido leemos en el § 46 respecto a la ley positiva: “la obtención de la propiedad no debe estar en contra de la libertad natural y su respectiva igualdad del pueblo porque no debe imposibilitar que cada uno pueda desarrollarse de un estado pasivo hacia un activo”.<sup>11</sup> Como el “estado activo” está principalmente relacionado a la obtención de la propiedad se podría derivar de esta exigencia que la posibilidad para evolucionarse hacia un propietario no debe estar obstruida. El texto no especifica si se piensa solamente en las posibilidades o ya en las bases legales para ello.

Algo parecido encontramos también respecto a la limitación de la propiedad. Títulos de propiedad y bienes como las “fidei comisas” eran comunes en la época de Kant, pero fueron criticadas en la Doctrina del Derecho porque formaban restricciones para el individuo en el momento de crear una propiedad y lograr con ello la independencia burguesa.<sup>12</sup> Kant adscribe al Estado un rol activo si se trata de la abolición de privilegios: “De allí se concluye: que no deben existir corporaciones en el Estado, ni en los estamentos y deben ordenar quienes como propietarios puedan heredar tierras para el uso único de las generaciones siguientes (sin límite) según ciertos estatutos”. El Estado las pueda anular en cualquier momento solamente a condición de indemnizar a los sobrevivientes.<sup>13</sup> Pero Kant no llega a sacar explícitamente la consecuencia lógica de todo ello que consiste en el hecho que no solamente los privilegios legales pueden ser anulados, sino también los poderes reales que se manifiestan en la propiedad si eso está en el interés para la adquisición de la propiedad.

Pero aun más importante que estos puntos de partida para la apertura de la doctrina del derecho a un Estado social es la reflexión sobre la capacidad de evolución de los principios fundamentales de la doctrina del derecho, normas jurídicas generales, que coincide con la ley de la voluntad general.<sup>14</sup> El Estado como representante de esa voluntad de todos deben cumplir a la hora

<sup>5</sup> Kühl (nota. 3), Pág. 212 ss.

<sup>6</sup> Esta parte del texto sigue en lo principal al aporte mío que he proporcionado a la obra editado por Höffe, *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, Pág. 177 s.

<sup>7</sup> Kant, AA VI 267.

<sup>8</sup> Kant, AA VI 237.

<sup>9</sup> Kant, ibidem, Pág. 256.

<sup>10</sup> Kant, ibidem, p. 266.

<sup>11</sup> Kant, ibidem, p. 215.

<sup>12</sup> Cercano, Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung*, 1984, Pág. 286 s.

<sup>13</sup> Kant, AA VI 324.

<sup>14</sup> Kant, ibidem, Pág. 267.

*Aktualisierung des kantischen Vernunftrechts*, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 44 (1991), Pág. 212 ss.

<sup>4</sup> Véase, El Prefacio de Hassemmer/Neumann.

de dar las leyes para la propiedad con una ley jurídica. Queda por preguntarse si en esa ley general se trata solamente de la aprobación para las libertades jurídicas o si se considera también las condiciones para la realización de la libertad.

Según Kant la igualdad como “un principio de los derechos humanos universales” ya está implícita en el principio de la libertad innata con todos sus facultades y sus consecuencias jurídicas; libertad e igualdad “no cuentan como parte de un concepto jurídico de un mayor rango”.<sup>15</sup> Aunque libertad e igualdad no son principios autónomos colocados cada uno frente al otro o como ideas competitivas, no se puede entender la igualdad como igualdad de los estratos sociales, porque de esta manera se debería excluir la libertad para el manejo de las cosas de manera general; lo que siempre nos lleva a una desproporcionalidad de los estados de posesión. La igualdad debe referirse más bien a la libertad y debe precisar en sus contenidos que ella significa libertad para todos siempre y cuando el ejercicio de esa libertad no contradiga la ley general y el ejercicio de la libertad de los demás. A aquello pertenece no sólo negativamente la abolición de los privilegios que limitan la libertad, sino también positivamente la creación de las condiciones para implementar la libertad en el espacio social, sobre todo en lo económico, no obstante que cuestiones de las garantías empíricas no están en el centro de la realización de la libertad de Kant. Eso significa que la doctrina del derecho de Kant con su principio de la libertad vinculado con la idea de la igualdad no está fijada en una igualdad jurídica, sino en la exigencia de una igualdad de posibilidades. Para este fin la razón práctica no necesita disponer un concepto general de la felicidad porque la igualdad de posibilidades deja que cada uno realice sus ideas acerca de la felicidad.

La libertad limitada por la ley que fundamenta en un primer momento la obtención de la propiedad, regula al mismo tiempo el principio de la limitación para el proceso de la adquisición de una propiedad. Que la propiedad se fundamente en la libertad no quiere decir que ella queda expuesta a su suerte. Eso nos demuestra la ley general indicando que se necesita la aceptación de la libertad de los demás. Con ello se establecen

<sup>15</sup> Kant, *ibidem*, Pág. 238.

las condiciones generales y recíprocas de toda libertad, también de aquella libertad en la cual se manifiesta la adquisición de bienes y la acumulación de capital.

### III. La Fundamentación del Derecho Penal en Kant

La Doctrina del Derecho penal de Kant ha encontrado una crítica aun mayor en Alemania que su propia Doctrina del Derecho. Sobre todo su teoría represiva de la pena y su famoso “Ejemplo de la Isla” es la causante que 1968 el penalista y teórico del derecho, Ulrich Klug, insista en despedirse tanto de Kant como de Hegel: “Ya es hora de despedirse definitivamente de las teorías penales de Kant y Hegel con todos sus excesos irracionales y líricos, con sus dudosas teorías epistemológicas, lógicas y morales.”<sup>16</sup>

No obstante esta eficaz invitación, ella no impedía a los juristas como tampoco a los filósofos del derecho a dedicarse a la teoría penal de Kant. Debemos mencionar sobre todo, una vez más, a Otfried Höffe, quien en su volumen publicado rehabilitó la teoría penal de Kant, como ya hemos mencionado en el punto uno de este ensayo.<sup>17</sup> El autor de esta contribución se ha unido a ello incluyendo además la discusión científica acerca del Derecho penal de Kant con una pequeña monografía escrita en año 2001 que lleva por título “El significado de la Filosofía del Derecho para el Derecho penal”.<sup>18</sup> Allí se parte de la crítica ya formulada por Kant y Hegel sobre las teorías penales utilitaristas, según las cuales ellas “sea por causa de condicionamiento de sí mismo o sea a causa de motivación para otros”<sup>19</sup> entremezclan al ser humano con “las demás cosas del derecho de los objetos;”<sup>20</sup> o lo tratan “como un perro” que “se amenaza con un palo”.<sup>21</sup> La condena es en primer lugar una desaprobación o

<sup>16</sup> Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Tomo 2: *Materielle und formelle Strafrechtsprobleme*, 1981, Pág. 149 y 154 (primero en: J. Baumann [Edit.], *Programm für ein neues Strafrecht*, 1968, Pág. 36 s.)

<sup>17</sup> Höffe (nota 6), Pág. 213 s.

<sup>18</sup> Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001, Pág. 26 s.

<sup>19</sup> Kant, AA VI 331

<sup>20</sup> Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, Pág. 45

<sup>21</sup> Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, 2a ed. 1840, § 99 Añadido.

sanción que se da por un delito cometido, la medición de la pena se rige por el principio de igualdad. No se sabe si el infractor o la sociedad sacan un beneficio de la condena o de la sanción a largo o corto plazo.

Pero Kant no tiene solamente un significado permanente para la teoría penal, sino también lo tiene para la Filosofía de Derecho penal. El Derecho penal, como parte del Derecho, a lado del Derecho civil, así como también una parte del Derecho público (Derecho estatal y administrativo), se hace evidente por el hecho que el Estado sanciona con condenas máximas las infracciones cometidas frente al ciudadano. Pero al mismo tiempo también es Derecho porque nos indica en su área de competencia las normas para las sanciones. Según la Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental (*por sus siglas en alemán: GG*), se puede “sancionar un acto solamente si se estableció por ley ese hecho como delito antes de haberlo cometido”, (Artículo 103, Inciso 2 GG). Esta disposición constitucional, repetida con las mismas palabras en § 1 del Código Penal Alemán, contiene sobre todo, junto con la prohibición de la retroactividad y la analogía, el principio de determinación, según la cual todo comportamiento penalizado (más su sanción correspondiente) debe ser circunscrita lo más concreto posible en la ley que distinga claramente la penalización y su área de aplicación, cuya determinación permita deducirse a través de la interpretación.<sup>22</sup>

El filósofo del derecho, y más aún el filósofo de Derecho penal, indaga más allá de lo que rige la ley de manera positiva, y cuál es el comportamiento que el Estado debe prohibir con una pena. Asimismo, busca encontrar tras el concepto formal del delito el concepto material, o más exactamente: el comportamiento sancionable.<sup>23</sup> En la discusión alemana predomina en este caso el llamado concepto del bien jurídico<sup>24</sup>, según el cual solamente están bajo

<sup>22</sup> Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 25a. ed. 2004, § 1 Margen 2.

<sup>23</sup> Véase, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5a. ed. 1996, Pág. 50 s.

<sup>24</sup> Acerca de la discusión alemana, véase, Hefendehl/v Hirsch/Wohlens (editores), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003.

pena la infracción o el hecho de poner en peligro los bienes jurídicos como la vida, la integridad física, mas no así meras infracciones morales<sup>25</sup> como por ejemplo el comportamiento homosexual entre adultos según mutuo acuerdo.

Referido a este tema, esto es: los razonables límites legales de un comportamiento punible, Kant ya desarrolló criterios importantes que el autor de este ensayo presenta en este lugar como ya lo hice en otras ocasiones.<sup>26</sup> En lo siguiente se trata a manera de conclusión acerca de la relación del Derecho (penal) positivo con el Derecho “como deber ser”, el Derecho racional de Kant. Se quiere investigar exactamente si las distinciones kantianas de legalidad y moralidad así como el deber jurídico y el deber de virtud sirven para un acercamiento crítico hacia el Derecho penal contemporáneo. El origen para esta investigación surge a partir de la observación que muchas veces el Derecho penal se basa en elementos de orientación interna como el valor de una convicción, o su no valor, la culpa por convicción y criterios especiales, y que además el Derecho penal se orienta aún hacia asuntos que pertenecen al reino de la moral. Dicho suscintamente, el Derecho penal podría estar lleno, y de manera inadmisiblemente, de preceptos morales y de convicción.

En la estructuración que realiza Kant en la *Metafísica de las Costumbres* define los conceptos “legalidad” y “moralidad” de la siguiente manera: “Se llama legalidad (conforme a la ley) a la simple coincidencia o no de un acto con la ley, sin considerar el motivo para ello; pero aquel acto en donde la idea de una obligación es originado por la ley, se llama moralidad (costumbre)”.<sup>27</sup> La diferencia entre legalidad y moralidad está presente en toda la obra *Metafísica de las Costumbres*, desde su “Introducción” hasta

<sup>25</sup> Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3a. ed. 1997, § 2 Marg. 12.

<sup>26</sup> El texto siguiente corresponde en su mayor parte, Kühl (nota 18), Pág. 36 s., más detallado, Kühl, *Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechts- und Tugendpflichten für das Strafrecht*, en: Jung y otros. (compilador), *Recht und Moral*, 1991, Pág. 139 s., y: *Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens*, en: Dann/Klippel (compiladores), *Naturrecht-Spättaufklärung-Revolution*, 1995, Pág. 182 s.

<sup>27</sup> Kant, AA VI 219.

la “Doctrina sobre la Virtud”. Esta circunstancia externa nos indica que tanto la legalidad como la moralidad son formas del cumplimiento de las leyes racionales prácticas. Como todas las leyes racionales prácticas así como las leyes morales se componen de dos partes: una se refiere al deber objetivo y la otra al impulso para el cumplimiento de éste, pues, los dos conceptos “legalidad y moralidad” no están solamente entendidas como un área particular de la *Metafísica de las Costumbres*, porque sería igual si dijéramos que la legalidad perteneciera únicamente al área del Derecho y la moralidad a la moral.

Legalidad significa el cumplimiento estricto de un deber moral general, sea un deber jurídico o de virtud, así debe existir la posibilidad de cumplir también las virtudes de manera legal. Este sería el caso cuando se cumplen las virtudes, como por ejemplo el amor al prójimo, solamente por temor de una desaprobación por parte de los vecinos. Este cumplimiento de un deber recibe carácter de moralidad si la ley que exige el amor al prójimo sería la motivación principal para actuar así. Pero, si se relaciona este actuar, que debe estar libre de determinaciones empíricas e inclinaciones, con el cumplimiento de una exigencia jurídica: no cumplo mi deber por obtener ventajas, sino por el deber de cumplir con las condiciones acordadas,<sup>28</sup> entonces cumplió con un deber jurídico por motivaciones morales.

De cierta manera hago más de lo que el derecho me exige, porque el derecho se conforma con el cumplimiento de lo prescrito por la ley. Aunque leyes basadas en la razón contienen igualmente como las leyes basadas en la práctica “al mismo tiempo razones internas determinantes”, pero “no siempre es posible de evaluarlas desde esta perspectiva”.<sup>29</sup> “Aquella legislación” que “acepta también otros fundamentos aparte del deber, esa también sería jurídica”.<sup>30</sup> “Hacer del cumplimiento de la ley una máxima es una exigencia que me pide la ética.”<sup>31</sup>

Con ello, hemos demostrado un primer límite de la ley frente a la moral: Leyes racionales solamente pueden exigir un comportamiento legal

del destinatario; y la ley a su vez no debe interesarse por el ánimo interno de un sujeto jurídico. La fundamentación de Kant impide la intromisión de cualquier índole del Estado en el ánimo interno personal del ciudadano: Convicciones como fenómenos internos no son accesibles a pruebas jurídicas y no pueden ser obligatorias por parte del derecho estatal.<sup>32</sup> Teniendo experiencias contrarias en donde se asume la intromisión del Estado en el ánimo interno, como por ejemplo por parte de leyes penales, se puede apoyar para ello en la Filosofía del Derecho de Kant con el argumento que en la evaluación y sanción de convicciones en contra de la ley general se pone un fenómeno interno como objeto de un reglamento legal, sin que eso fuera necesario para la protección de la libertad de esfera externa de otras personas. Mi libertad física no es tocado por el hecho que otras personas tengan otras convicciones, y normalmente tampoco por la circunstancia que pronuncien su convicción abiertamente.

También las influencias indirectas generadas por el ánimo interno son delimitadas por esta restricción. Éstas son notorias cuando se aplica sanciones solamente presumiendo que el ánimo interno puede llevar a una persona a ciertos actos o se cree que ella está al punto de realizarlo por tal motivo; a fin de cuentas es la ánimo presumido el que se sanciona. Los límites de una sanción preventiva tanto en la Parte general, (como por ejemplo la punibilidad de los actos preparatorios, según § 30 Inc. 2 del Código Penal Alemán) como en la Parte especial (por ejemplo la sanción de la conformación de una organización criminal, según § 129 del Código Penal Alemán), no debe entenderse ceñidamente de acuerdo a la peligrosidad de estos actos preparatorios respecto a las futuras víctimas porque la libertad externa de las personas no sólo debe ser protegida de lesiones, sino también ante amenazas. “Solamente se sabe” -así lo afirma Michael Köhler – “que la simple cogitatio, la preparación técnica o intelectual, todavía no es delito porque como tal no influye lo suficiente sobre la libertad externa de los individuos.”<sup>33</sup>

También nos parece problemática la delimitación de un delito en el caso de expresión de ideas,

<sup>28</sup> Kant, AA VI 220.

<sup>29</sup> Kant, AA VI 214.

<sup>30</sup> Kant, AA VI 219.

<sup>31</sup> Kant, AA VI 231.

<sup>32</sup> Kant, AA VI 219, 239.

<sup>33</sup> Köhler (nota 19), Pág. 547.

como por ejemplo en el caso de agitación a la rebelión, según § 130 Código Penal Alemán, inciso 3. Este hecho ya se da inclusive cuando se niegan los hechos cometidos bajo el régimen del Nacionalsocialismo, refiriéndose la “mentira de Auschwitz”. La concretización, que eso se de recién cuando un acto es apto para perturbar la paz pública, no cambia en nada que aquí la simple negación de un hecho histórico o su carácter exaltativo sea entendido como agitación a la rebelión; pero se debe añadir que frente al crecimiento de movimientos neonazis y sus actos violentos no se puede excluir que solamente por la proclamación pública de la “mentira de Auschwitz” puedan provocar otros actos violentos. No se afirma que eso justifica una sanción del provocador.<sup>34</sup> Problemas parecidos de legitimación son comprendidos en el § 140 del Código Penal Alemán, que abarca ya la aceptación de delitos con el fin de crear un clima psíquico para defenderse frente a la disponibilidad de cometer un delito.<sup>35</sup>

Un problema aún más general nos presenta Karl Engisch: él afirma que la diferenciación que hace Kant entre legalidad y moralidad es correcta, viéndola desde el punto de vista legal, pues los motivos son solamente interesantes para la moral mas no para el derecho; pero actos en contra de la ley no pueden ser considerados allí, por lo menos no en un sistema de sanciones que trabaja según el principio de culpabilidad, para el cual no cuentan los impulsos y las motivaciones.<sup>36</sup>

No podemos aclarar por completo este asunto en este lugar, pero podemos decir mucho al respecto, como que no todas las formas de la participación interna de una persona que actúa objetivamente en contra de la ley son sometidas por igual al derecho. La voluntad para delinquir, el dolo y la negligencia, la intención y el motivo son más aptos de ser captadas por la ley como la convicción o algunas formas de convicción. La evaluación del ánimo interno de un delincuente – a parte de la problemática de detectarlo – es muy

compleja, más aun cuando el ánimo “detectado” es usado para sancionar y ello en mayor grado como le correspondería solamente para el delito externo, sin consideración de su ánimo interno.

No se puede rechazar por completo la consideración del ánimo interno en el campo jurídico con el argumento que no son válidas, no se trata de su valoración moral sino de las que resultan rechazables. No obstante que la falta de correctas convicciones morales todavía no implicaría la existencia de un ánimo altamente rechazable, pero se debería en todo caso demostrar que su consideración sería necesaria para la protección de la libertad dentro del orden jurídico.

Excepcionalmente problemático nos parece dentro del Derecho penal todavía, aunque con tendencia a desaparecer, el reforzamiento de la pena en los casos de actitudes internas calificadas como “malévolo”, “brutal”, “desconsiderado”. Esa práctica se vuelve, según Hans Welzel, “el punto de mayor riesgo para la paulatina aparición de un Derecho penal de ánimo (*Gesinnungsstrafrechts*)”.<sup>37</sup> La dogmática penal se dedica a estos criterios, sobre todo con su ordenamiento sistemático en la construcción de la teoría del delito: ¿se los puede considerar como características subjetivas del injusto, de la culpabilidad o mixtos? <sup>38</sup> De todos modos en el momento de la determinación de la ley se los califica como “altamente difícil”, así lo afirma Günter Stratenwerth<sup>39</sup>, o como “aceptable dentro de un Estado de Derecho” como lo hace Claus Roxin.<sup>40</sup>

Aparentemente ya no se plantea la pregunta acerca de la legitimación de esos criterios. Una respuesta para ello puede tomar su punto de partida en la filosofía liberal del derecho de Kant, y desde allí puede asumir la idea que en el Derecho penal, como en cualquier otra área del derecho, la libertad externa de las personas debe coincidir con lo que rige la ley general. Si un

<sup>37</sup> Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed. 1969, Pág. 80.

<sup>38</sup> Compárese, Lackner/Kühl (nota 22), § 28 Marg. 4.

<sup>39</sup> Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Ed. 2000, § 8 Marg. 151 y § 12 Marg. 196.

<sup>40</sup> Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 3. Ed. 1997, § 10 Marg. 78.

comportamiento no afecta el radio de acción del derecho de otras personas, no se le puede considerar como injusto sin tomar en cuenta la clase de ánimo que ayuda en ejercer un acto. Pero en el caso que un comportamiento si afecta la esfera de libertad externa de una persona la actitud reprochable no puede servir para aumentar la pena, salvo que la restricción de la libertad para la otra persona, lo que es difícil de imaginar, aumente la peligrosidad del delito.

Hasta aquí la diferencia entre legalidad y moralidad; ahora nos dedicaremos a la diferencia entre deberes jurídicos y deberes de virtud (*Tugendpflichten*). Tanto los deberes jurídicos como los deberes de virtud pertenecen a los dos diferentes ámbitos de las obligaciones que Kant establece dentro de las obligaciones morales. Por ello leemos en la “Introducción general de la Metafísica de las Costumbres”: “Todas los deberes son deberes jurídicos..., esos son aquellos para las cuales rige una ley externa, o son deberes de virtud para las cuales eso no es aplicable...”,<sup>41</sup> A esa afirmación corresponde la imposibilidad ya tratada más arriba, de que mediante una legislación externa se busque imponer una ética que pertenece en todo caso al reino de la moral.

Nos ocuparemos ahora de los dos conceptos “Deber jurídico y Deber de virtud” en relación a su diferencia en el contenido. Para subrayar esa diferencia es recomendable circunscribir exactamente qué se va a entender bajo los deberes de virtud y qué bajo los deberes jurídicos. Por ello ya no nos preocuparemos de las “deberes éticos generales de virtud” del imperativo categórico que comprende también los deberes jurídicos, la que dice: “actúa conforme al obligación por deber”. Lo que queda entonces es lo que establece el principio de las virtudes como “los deberes de virtud éticos especiales: los deberes por amor y estimación”.

Desde el área de los deberes jurídicos, como se deriva de la “División General de las Obligaciones Jurídicas”, se excluye el primer y el tercer deber jurídico: “1. Sea un ser humano honorable (honeste vive).”; “3. Foma parte de una sociedad con otros, en la cual esté garantizado a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere)”, para

<sup>41</sup> Kant, AA VI 239.

finalmente lograr de subrayar el único deber jurídico externo de Kant que es el segundo deber jurídico: “2. No dañe al prójimo (neminem laede), ...”<sup>42</sup>

La razón por la cual el mandamiento de amor pertenece a la moral mientras que la infracción de ese mandamiento pertenece a la ley, se debe relacionar a la circunstancia ya mencionada que el cumplimiento de los deberes jurídicos son algo que obedece a impulsos externos, y puede ser impuesto en caso extremo por coacción del Estado; el cumplimiento de deberes de virtud por su parte solamente se pueden coaccionar mediante una auto obligación. Correspondientemente leemos en la “División de la Metafísica de las Costumbres” que “los deberes de benevolencia, aunque sean deberes externos (obligaciones para un acto externo), pertenecen de todos modos a la ética”, “porque su legislación solamente puede ser interna.”<sup>43</sup>

Otra diferencia entre deberes jurídicos y de virtud es aquella que divide entre deberes jurídicos completos y deberes de virtud incompletos. Según el título del parágrafo VII en la “Introducción a la doctrina de la virtud” esa división significa ahora que: “Los deberes éticos tienen un alcance amplio, mientras que los deberes jurídicos contienen obligaciones mucho más concretas”<sup>44</sup>. Se refiere con ello a que los deberes de amor, por ejemplo, dejan un margen más amplio con qué actos van a ser realizados, mientras que los deberes jurídicos exigen actos o abstenciones concretas. Esa diferencia tiene su origen supuestamente en aquella circunstancia que la compatibilidad con los actos externos y su intención de cumplimiento solamente tiene éxito si en la ley de derecho general ellos son expresados y descritos de una manera clara y concreta. Que eso es gradualmente más fácil de lograr para los actos prohibidos, no obstante de su dificultad de una descripción exacta y concreta, que para actos debidos; explica esta circunstancia el sobrepeso de las prohibiciones en el ordenamiento jurídico y el escepticismo frente a las obligaciones. Debemos añadir que solamente en el caso de los deberes jurídicos en un sentido

<sup>42</sup> Kant, AA VI 236 s.

<sup>43</sup> Kant, AA VI 220.

<sup>44</sup> Kant, AA VI 390.

estricto existe la posibilidad de ejercer una coacción de manera inequívoca.

Finalmente debemos recordar, respecto a la diferenciación entre deberes jurídicos y de virtud, que ya en la “Introducción a la doctrina del Derecho” el derecho a un ordenamiento de las relaciones de una libertad externa fue determinada de tal manera que los actos externos del individuo solamente pueden ser restringidos legalmente para guardar el interés de las posibilidades de actuar de los demás. El derecho se refiere más en concreto a “la relación práctica de una persona frente a los demás, si sus actos pueden tener de hecho (como facta)... influencia recíproca.”<sup>45</sup> Mediante esa afirmación del campo jurídico se excluye las obligaciones ante uno mismo como deberes jurídicos.

Las obligaciones ante uno mismo las divide Kant de acuerdo al criterio de si se refieren al ser humano como ser biológico o como ser moral. Al segundo grupo pertenece, entre otros, la prohibición de mentir. Aunque la mentira vulnera el derecho de la humanidad,<sup>46</sup> ella tiene recién relevancia jurídica como estafa si genera un daño para los bienes; ello llama cuidadosamente Kant “no infundada”.<sup>47</sup> Que se observa en recientes trabajos alemanes que se refieren a la estafa según el Derecho alemán actual vigente, en donde se califica la falta a la verdad como una infracción, incluyendo este hecho al derecho; eso no nos hace temer que el Derecho penal paulatinamente penetre al área de la doctrina de la virtud, porque el bien que preferiblemente tiene que ser protegido ante una estafa ya no es solamente el patrimonio, sino otro bien de derecho individual igualmente digno de ser protegido: la libertad de disposición que puede ser vulnerada por una estafa.

Al primer grupo pertenece según Kant la prohibición moral de un suicidio, con lo que se expresa al mismo tiempo que esa prohibición no es jurídica, dicho de otra manera, que el mantenimiento de la vida propia no es un deber

jurídico.<sup>48</sup> El Derecho penal alemán coincide en tal sentido con la diferenciación kantiana entre deberes jurídicos y deberes de virtud porque la tentativa de suicidio no está prohibido y tampoco es un delito. Además, parece que la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos penales, que parten de inmoralidad del suicidio, coinciden con la posición kantiana; pero esa coincidencia termina si de ese juicio moral se derivan consecuencias jurídicas para una penalidad, que también en situaciones en las cuales, según el reglamento de eutanasia pasiva, quedarían sin penalización en el caso de un suicidio, pero aquí son interpretados como negligencia de haber omitido “una acción de socorro” posible.

También se debe observar críticamente la perspectiva kantiana respecto a la punibilidad del homicidio a petición según § 216 Código Penal Alemán, allí se omite el derecho a una autodeterminación de aquella persona que desea morir, sin que se deje de garantizar la protección o infracción de los derechos de los demás.

En el caso de los deberes de virtud ante los demás, Kant distingue entre deberes de amor y de respeto. Se pueden dar consecuencias respecto al Código Penal si vemos los deberes de respeto en su área de vulneración al honor: ¿se puede considerar hablar mal sobre alguien como delito o recién la calumnia es relevante para una penalidad? Además pueden darse consecuencias para el Derecho penal respecto al deber de amor en el área de delitos por omisión: ¿se sanciona penalmente con razón la omisión de auxilio o se vulnera con ello solamente un deber de virtud?<sup>49</sup> Aunque este aporte termina con muchas preguntas no resueltas, espero que por lo menos hayamos logrado despertar algún interés en la filosofía del derecho de Kant. Aparentemente esta filosofía del derecho es ya obsoleta en muchos detalles, pero no lo es en sus principios. Por esta razón sirve también para la comprobación jurídica filosófica del derecho vigente, y no sólo del Derecho alemán.

<sup>48</sup> Véase, Kant, AA VI 422; asimismo Höffe, *neue hefte für philosophie* 17 (1979), Pág. 31; además Köhler (nota 19), Pág. 255.

<sup>49</sup> Detalladamente en Kühl (nota 18), Pág. 49 s.

## CLÁSICOS

## CRIMINALIDAD DE CUELLO BLANCO

Edwin H. Sutherland\*

Este documento<sup>1</sup> se refiere al delito en relación a los negocios. Los economistas están bien familiarizados con los métodos de los negocios pero no están acostumbrados a considerarlos desde el punto de vista del delito; muchos sociólogos están bien familiarizados con el delito pero no están acostumbrados a considerarlo expresado en los negocios. Este documento es un intento de integrar estos dos campos del conocimiento. Más precisamente afirmado, esta es una comparación del delito en la clase superior o de cuello blanco, compuesta por hombres de negocios o profesionales respetables o, al menos, respetados, y el delito en la clase más baja, compuesta por personas de bajo estatus socioeconómico. Esta comparación es hecha con el propósito de desarrollar las teorías del comportamiento criminal, no con propósito sensacionalista o de la reforma de nada, excepto de la criminología.

Las estadísticas criminales muestran inequívocamente que el delito, *como es popularmente concebido y es oficialmente medido*, tiene una alta incidencia en la clase más baja y una baja incidencia en la clase más alta; menos del dos por ciento de las personas sometidos a prisión en un año pertenecen a la clase más alta. Estas estadísticas se refieren a los criminales a cargo de la policía, las Cortes criminales y juveniles, y las prisiones, y para delitos tales como homicidio, agresión, allanamiento de morada, robo a mano armada, apropiación, delitos sexuales y ebriedad, pero excluye las violaciones de tráfico.

\* Traducción del original en inglés por Luis Miguel Reyna Alfaro del texto publicado en *American Sociological Review*, volumen 5, número 1, 1940.

<sup>1</sup> Trigésimo Cuarto Discurso Presidencial Anual, pronunciado en Filadelfia, 27 de Diciembre, 1939, en reunión conjunta con la Sociedad Económica Americana (su Quincuagésimo segundo) en el cual el Presidente Jacob Viner habló sobre las relaciones de la teoría económica para la formulación de la política pública.

Los criminólogos han utilizado las historias de caso y las estadísticas derivadas de las agencias de justicia criminal como su información principal. Estas teorías son que, desde que el delito está concentrado en las clases más bajas, este es causado por la pobreza y por características personales y sociales que se cree están estadísticamente asociadas a la pobreza, incluyendo la debilidad mental, desviaciones psicopáticas, barrios tugurizados y familias “deterioradas”. Esta afirmación, de hecho, no hace justicia a las cualificaciones y variaciones en las teorías convencionales del comportamiento criminal, pero presenta correctamente su tendencia central.

La tesis de éste documento es que la concepción y las explicaciones del delito que han sido recién descritas son engañosas e incorrectas, el delito es un hecho no cercanamente correlacionado con la pobreza o con las condiciones psicopáticas o sociopáticas asociadas con la pobreza, y que una adecuada explicación del comportamiento criminal debe proceder siguiendo líneas muy diferentes. Las explicaciones convencionales son inválidas principalmente porque ellas se derivan de muestras sesgadas. Las muestras están sesgadas en que ellas no incluyen vastas áreas del comportamiento criminal de personas no pertenecientes a las clases más bajas.

Una de estas áreas desatendidas es el comportamiento criminal del hombre de negocios o profesional, que serán analizadas en ésta ponencia.

Los “barones ladrones” de la última mitad del siglo diecinueve fueron criminales de cuello blanco, como prácticamente todos ahora coinciden. Sus actitudes son ilustradas mediante estas declaraciones: Coronel Vanderbilt preguntó, “¿No supones que puedas ejecutar un ferrocarril de acuerdo con las leyes, no?” A.B. Stickney, el Presidente de una ferrocarrilera, dijo a otros dieciséis presidentes de ferrocarrileras en la casa de J.P. Morgan en 1890, “Yo tengo el máximo respeto por ustedes caballeros, individualmente, pero como presidentes de ferrocarrileras yo no confiaría a ustedes mi reloj fuera de mi vista”. Charles Francis Adams dijo, “la dificultad en la



gestión de una ferrocarrilera...radica en la codicia, falta de buena fe, y bajo tono moral de los directores de las ferrocarrileras, en la completa ausencia de cualquier alto estándar de honestidad comercial”.

Los criminales de cuello blanco de hoy en día, que son más finos y engañosos que los “barones ladrones”, son representados por Krueger, Stavinsky, Whitney, Foshay, Insull, los Van Sweringens, Musica- Coster, Fall, Sinclair, y muchos otros príncipes mercaderes y capitanes de las finanzas e industria, y por una multitud de seguidores menores. Su criminalidad ha sido demostrada una y otra vez en las investigaciones de las oficinas de tierras, ferrocarriles, seguros, municiones, banca, servicios públicos, bolsas de valores, industria del petróleo, bienes raíces, comités de reorganización, quiebras, bancarrotas y políticos. Casos individuales de tal criminalidad son reportados frecuentemente, y en muchos periodos noticias más importantes de crímenes pueden ser encontradas en las secciones financieras de los diarios más que en sus portadas. La criminalidad de cuello blanco es hallada en cada ocupación, como puede ser descubierto fácilmente en una conversación casual con el representante de una ocupación preguntándole “¿Qué prácticas torcidas se hayan en tu ocupación?”.

La criminalidad de cuello blanco en los negocios es expresada más frecuentemente en forma de falsedad de estados financieros de corporaciones, manipulaciones en el mercado de valores, soborno comercial, soborno de oficiales públicos directa o indirectamente en orden a asegurar contratos y legislación favorable, falsedad en la publicidad y en el arte de vender, fraude y malversación de fondos, pesos y medidas, y declasificación de productos básicos, fraudes tributarios, aplicación errónea de fondos en recaudaciones y quiebras. Estas son las que Al Capone llamó “estafas legítimas”. Estas y muchas otras son encontradas en abundancia en el mundo de los negocios.

En la profesión médica, que es aquí usada como un ejemplo porque es probablemente menos criminalística que otras profesiones, son halladas ventas ilegales de alcohol y narcóticos, aborto, servicios ilegales para criminales del bajo mundo,

reportes y testimonios fraudulentos en casos de accidentes, casos extremos de tratamiento innecesario, especialistas falsos, restricción de la competencia y reparto de honorarios.

El reparto de honorarios es una violación de una ley específica en muchos Estados y la violación de las condiciones de admisión para la práctica de la medicina en todos. El médico que participan en el reparto de honorarios tiende a enviar a sus pacientes al cirujano que les de el más grande honorario más que al cirujano que hará el mejor trabajo. Ha sido reportado que dos tercios de los cirujanos de la ciudad de Nueva York reparten honorarios, y que más de una mitad de los médicos en una ciudad central- occidental que respondieron a un cuestionario en este punto favoreció el reparto de honorarios.

Estos diversos tipos de delitos de cuello blanco en los negocios y las profesiones consiste principalmente en la violación de confianza delegada o implícita, y muchos de ellos pueden ser reducidos a dos categorías: Falsedad en los valores de los activos y duplicidad en la manipulación del poder. El primero es aproximadamente lo mismo que el fraude o estafa; el segundo es similar a la traición. Lo último es ilustrado por el Director de la Corporación que, actuando con información privilegiada, compra terrenos que la corporación necesita y los vende con una ganancia fantástica a su corporación. El principio de ésta duplicidad es que el ofensor sostiene dos posiciones antagonistas, una de las cuales es una posición de confianza que es violada, generalmente mediante la aplicación indebida de fondos, en interés de la otra posición. Un entrenador de fútbol, autorizado para arbitrar un juego en el cual su propio equipo juega, podría ilustrar este antagonismo de posiciones. Tales situaciones no pueden ser completamente evitadas en una complicada estructura negocial, pero muchas preocupaciones causa la práctica de asumir tales funciones antagónicas y violar regularmente la confianza delegada a ellos. Cuando ellos son compelidos por la ley para hacer una separación de sus funciones, ellos realizan una separación nominal y continúan mediante subterfugios manteniendo las dos posiciones.

Una exacta comparación estadística de los crímenes de las dos clases no está disponible. La más amplia evidencia relacionada a la naturaleza y prevalencia de la criminalidad de cuello blanco es encontrada en los reportes de las más grandes investigaciones a las que se hizo referencia. Debido a su carácter disperso, esta evidencia aquí se asume en lugar de resumirse. Unas pocas afirmaciones serán presentadas, como ilustraciones más que como una prueba de la prevalencia de esta criminalidad.

La Comisión Federal de Comercio en 1920 reportó que el soborno comercial fue una práctica prevalente y común en muchas industrias. En ciertas cadenas comerciales, los defectos en los pesos netos fueron suficientes para pagar 3.4 por ciento sobre la inversión de las mercaderías. De las latas de éter vendidas al Ejército en 1923-1925, el 70 por ciento fueron rechazadas debido a impurezas. En Indiana, durante el verano de 1934, 40 por ciento de las muestras de helado probadas por la División de Salud Pública violaban la ley. El Contralor de la Moneda en 1908 reportó que violaciones a la ley fueron encontradas en 75 por ciento de los bancos examinados en un periodo de tres meses. Las pruebas con el detector de mentiras de todos los empleados en muchos bancos de Chicago, apoyados en casi todos los casos con confesiones, mostraban que el 20 por ciento de ellos habían robado propiedad del banco. Un contador público estimó, en el periodo previo a la Comisión de Valores y Bolsa, que 80 por ciento de las declaraciones financieras de las corporaciones eran falsas. James M. Beck dijo “Diógenes habría sido difícil ponerse a buscar un hombre honesto en Wall Street que haya conocido como abogado corporativo” (en 1916).

La criminalidad de cuello blanco en la política, que es reconocida como bastante frecuente, ha sido utilizada por algunos como un indicador aproximado mediante el cual medir la criminalidad de cuello blanco en los negocios. James A. Farley dijo, “Los estándares de conducta son tan altos entre funcionarios públicos y políticos como lo son en la vida comercial”, y Cermak, mientras fue alcalde Chicago, dijo “hay menos corrupción en política que en los negocios”. John Flynn escribió, “El político promedio es el aficionado más sencillo en el noble arte de la corrupción, comparado con su

hermano en el campo de los negocios”. Y Walter Lippmann escribió, “Pobres como son, los estándares de la vida pública son mucho más sociales que aquellos de los negocios que quienes financian a que entran en política se refieren a si mismos como filantrópicos”.

Estas declaraciones obviamente no dan una medida precisa de la criminalidad relacionada a la clase de cuello blanco, pero son evidencia adecuada de que el delito no esta altamente concentrada en las clases más bajas como las estadísticas usuales indican. Además, estas afirmaciones obviamente no significan que cada hombre de negocios o profesional es un criminal, al igual que las teorías usuales no significan que cada hombre en las clases más bajas es un criminal. Por otro lado, las afirmaciones precedentes se refieren en muchos casos a las corporaciones líderes en América y no están restringidas a hombres de negocios o profesionales no respetables que son llamados charlatanes, cazadores de ambulancias, operadores del mercado de valores, mendigos y estafadores<sup>2</sup>.

El costo financiero del delito de cuello blanco es probablemente muchas veces tan grande como los costos financieros de todos los delitos que están habitualmente considerados como “el problema del delito”. Un funcionario de una cadena de abarrotes en un año malversa \$ 600,000, que fue seis veces más que las pérdidas anuales que quinientos robos y asaltos a las tiendas de esa cadena. Los enemigos públicos números uno a seis aseguraron \$ 130,000, mediante robo y asalto en 1938, mientras la suma robada por Krueger es

<sup>2</sup> Quizás debería ser repetido que las clases de “cuello blanco” (más altas) y “más bajas” simplemente designan a personas de alto y bajo estatus socioeconómico. Los ingresos y la cantidad de dinero envueltos en el delito no son el único criterio. Muchas personas de “bajo” estatus socioeconómico son criminales de “cuello blanco” en el sentido de que ellos están bien vestidos, bien educados, y tienen altos ingresos, pero “cuello blanco” como es utilizado en ésta ponencia significa “respetado”, “socialmente adaptado y aprobado”, “que mira hacia arriba”. Algunas personas en ésta clase en esta clase podrían no estar bien vestidas, bien educadas, ni tener altos ingresos, aunque la clase “superior” usualmente excede a la “más baja” en estos aspectos así como en el aspecto social.

estimada en \$ 250,000, 000, o casi dos mil veces más. El *New York Times* en 1931 reportó cuatro casos de malversación en los Estados Unidos con una pérdida de más de un millón de dólares cada uno y una pérdida combinada de nueve millones de dólares. Pese a que un ladrón o asaltante de un millón de dólares es prácticamente insólito, estos defraudadores de un millón de dólares son de poca monta entre los delincuentes de cuello blanco. La pérdida estimada para los inversores en un fideicomiso de 1929 a 1935 fue de \$ 580,000,000 debido primariamente al hecho que 75 por ciento de los valores en el portafolio fueron en acciones de compañías afiliadas, aunque se anuncia la importancia de la diversificación de las inversiones y de sus servicios expertos en la selección de acciones seguras. En Chicago, el reclamo fue hecho seis años después que los titulares de las casas perdieran \$ 54,000,000 en dos años durante la administración de un controlador de pesos y medidas que concedió inmunidad de inspección a tiendas que proporcionaban canastas navideñas para sus electores.

Las pérdidas económicas del delito de cuello blanco, grandes como son, son menos importantes que el daño las relaciones sociales. Los delitos de cuello blanco vulneran la confianza por lo tanto crea desconfianza, que disminuye la moral social y produce desorganización social a gran escala. Otros delitos producen un efecto relativamente pequeño sobre las instituciones sociales u organización social.

El delito de cuello blanco es realmente un delito. Este no es ordinariamente llamado delito, y llamarlo por su nombre no lo hace peor, así como abstenerse de llamarlo delito no significa que sea mejor de lo que debería ser. Este es llamado delito aquí en orden a ubicarlo en el ámbito de la Criminología, que es justificado porque este constituye una violación de la ley penal. La cuestión crucial en éste análisis es el criterio de violación de la ley penal. La condena en la Corte penal, que es a veces sugerida como el criterio, no es adecuada porque una gran cantidad de aquellos que cometen delito no son condenados en Cortes penales. Este criterio, por lo tanto, necesita ser complementado. Cuando este es complementado, el criterio de los delitos de una clase debe mantenerse en términos generales con el criterio

de los delitos de otra clase. La definición no debe ser el espíritu de la ley para los delitos de cuello blanco y la letra de la ley para otros delitos, o en otros aspectos ser más liberal para una clase de delitos que para otra. Ya que ésta discusión está relacionada con las teorías convencionales de los criminólogos, el criterio del delito de cuello blanco debe ser justificado en términos de los procedimientos de aquellos criminólogos en el trato con otros delitos. El criterio del delito de cuello blanco, como aquí se propone, complementa las condenas en las Cortes penales en cuatro aspectos, en cada uno de los cuales la extensión es justificada porque los criminólogos que presentan las teorías convencionales del comportamiento criminal hacen la misma extensión en principio.

Primero, agencias distintas a la Corte penal deben ser incluidas, porque la Corte penal no es la única agencia que toma decisiones oficiales relacionadas a las violaciones de las leyes penales. El Tribunal Juvenil, se encargan fundamentalmente a los delitos de los hijos del pobre, en muchos Estados no se encuentra bajo la jurisdicción penal. Los criminólogos han hecho demasiado uso de los archivos de casos y estadísticas de delincuentes juveniles en la construcción de sus teorías sobre el comportamiento criminal. Esto justifica la inclusión de agencias que no son la Corte Penal que se ocupan de delitos de cuello blanco. Las más importantes de estas agencias son los consejos de administración, los burós, o comisiones, y mucho de su trabajo, aunque ciertamente no todo, consiste en casos que son violaciones de leyes penales. La Comisión Federal de Comercio recientemente ordenó a muchas compañías de automóviles detener la publicidad de sus tasas de interés a compras a plazos como de 6 por ciento ya que en realidad era de 11 ½ por ciento. Además se presentó denuncia contra *Good Housekeeping*, una de las publicaciones de Hearts, acusándola de que sus sellos llevó al público a creer que todos los productos con los mismos sellos habían sido probados en sus laboratorios, lo que era contrario a la verdad. Cada uno de estos implica un cargo de deshonestidad, que podría ser probado en un Tribunal penal como fraude. Una gran parte de los casos ante estos consejos deben ser incluidos en la data de los criminólogos. Fallas al hacerlo

así es una razón principal para el sesgo en sus muestras y los errores en su generalización.

Segundo, para ambas clases, el comportamiento en que habría una razonable expectativa de condena si es enjuiciado en un Tribunal penal o en una agencia sustituta debe ser definido como criminal. A este respecto, la condenabilidad más que la condena real debería ser el criterio de criminalidad. Los criminólogos no deben dudar para aceptar como dato una historia del caso verificada de una persona que fue un delincuente pero nunca fue condenada. De modo similar, esta justificado incluir a los criminales de cuello blanco que no han sido condenados, provee evidencia confiable que está disponible. Evidencia relacionada con tales casos aparece en muchas demandas civiles, tales como demandas de accionistas o demandas por infracción de patentes. Estos casos podrían ser remitidos a una Corte Criminal pero ellos fueron remitidos a una Corte Civil por la parte lesionada estuvo más interesada en asegurar los daños que en ver infringida la pena. Esto además sucede en casos de fraude, sobre los que las compañías de seguros tienen mucho más evidencia. En una corta consecutiva serie de fraudes conocida por una compañía de seguros, 90 por ciento no fueron perseguidos porque la persecución podría interferir con la restitución o recuperación. La evidencia en casos de fraude es generalmente conclusiva, y probablemente habría sido suficiente para justificar la condena en todos los casos de ésta serie.

Tercero, el comportamiento podría ser definido como criminal si la condena es evitada solamente debido a la presión que se haya ejercido sobre el Tribunal o agencia sustituta. Gansters y estafadores han sido relativamente inmunes en muchas ciudades debido a su presión sobre eventuales testigos u oficiales públicos, y ladrones profesionales, tales como carteristas y hombres confiados que no utilizan métodos de mano dura, son aún más frecuentemente inmunes. Los criminólogos convencionales no hesitan en incluir las historias de vida de tales criminales como dato, debido a que ellos entienden la relación genérica de la presión en la falla de su condena. De forma similar, los criminales de cuello blanco son relativamente inmunes debido al prejuicio de clase de las Cortes y el poder de su

clase para influenciar la implementación y administración de la ley. Este prejuicio de clase afecta no solamente las Cortes del presente sino que afectó en mucha mayor medida a las Cortes anteriores que establecieron los precedentes y reglas de procedimiento de las Cortes de la actualidad. Consecuentemente, es justificable interpretar las actuales o potenciales fallas de condena a la luz de hechos conocidos relacionados a las presiones ejercidas sobre las agencias que tratan con los ofensores.

Cuarto, las personas que son accesorias a un delito deberían ser incluidas entre los criminales de cuello blanco como ellos lo están entre otros criminales. Cuando el Buró Federal de Investigaciones (FBI) se enfrenta a un caso de secuestro no se contenta con atrapar a los ofensores que se llevaron a la víctima; ellos pueden atrapar y el Tribunal puede condenar a otras veinticinco personas que colaboraron ocultando a la víctima, negociando el rescate, o poniendo el dinero del rescate en circulación. Por otra parte, la persecución de los criminales de cuello blanco frecuentemente se detiene con un ofensor. La corrupción política casi siempre involucra colusión entre políticos y hombres de negocios pero las persecuciones están generalmente limitadas a los políticos. El Juez Manton fue encontrado culpable de aceptar \$ 664,000 en sobornos, pero los seis u ocho importantes empresas comerciales que pagaron los sobornos no fueron perseguidas. Pendergast, el último Jefe de la ciudad de Kansas, fue condenado por omitir reportar como parte de sus ingresos \$ 315,000 recibidos como sobornos por compañías aseguradoras pero las compañías aseguradoras que pagaron los sobornos no fueron perseguidas. En una investigación por un fraude del Presidente de un Banco, al menos una docena de otras violaciones a la ley fueron relacionadas a este fraude e involucraban a la mayoría de los otros funcionarios del banco y los funcionarios de la cámara de compensación, fueron descubiertos pero ninguno de los otros fue perseguido.

Este análisis del criterio de la criminalidad de cuello blanco deriva en la conclusión de que una descripción de la criminalidad de cuello blanco en términos generales será además una descripción de la criminalidad de las clases más bajas. Los

aspectos en los cuales los crímenes de las dos clases difieren son los incidentales más que los esenciales de criminalidad. Ellos difieren principalmente en la implementación de las leyes penales que se aplican a ellos. Los delitos de las clases más bajas son manejados por policías, fiscales, y jueces, con sanciones penales en forma de multas, prisión y muerte. Los crímenes de las clases más altas bien resultan en total inacción oficial o resultan en demandas por daños en Tribunales civiles, o son manipulados por inspectores, y por consejos o comisiones administrativas, con sanciones penales en forma de advertencias, orden de cesar y desistir, ocasionalmente la pérdida de una licencia, y sólo en casos extremos por multas o condenas de prisión. Así, los criminales de cuello blanco son segregados administrativamente de otros criminales, y en gran medida como consecuencia de esto no se consideran como verdaderos delincuentes por ellos mismos, el público general, o los criminólogos.

Esta diferencia en la implementación de la ley penal es debida principalmente a la diferencia en la posición social de los dos tipos de ofensores. El Juez Woodward, cuando impuso condena a los funcionarios de H.O. Stone and Company, firma inmobiliaria quebrada en Chicago, que habían sido condenados en 1933 por el uso del correo para defraudar, les dijo “Ustedes son hombres de negocios, de experiencia, de refinamiento y cultura, de excelente reputación y de posición en el mundo de los negocios y social”. Esta afirmación podría ser utilizada como una caracterización general de los criminales de cuello blanco porque ellos están orientados básicamente a carreras legítimas y respetables. Debido a su estatus social ellos tienen voz fuerte en determinar que irá dentro de los estatutos y cómo la ley penal como sus propios efectos son implementados y administrados. Esto puede ser ilustrado con la *Pure Food and Drug Law*. Entre 1879 y 1907, 140 leyes sobre alimentos y drogas fueron presentadas en el Congreso y todas fallaron debido a la importancia de las personas que podrían ser afectadas. Esto tuvo una altamente dramática performance del Dr. Wiley en 1906 para inducir al Congreso a promulgar la ley. Esta ley, sin embargo, no crea un nuevo delito, al igual que la *Federal Lindberg kidnapping Law* no crea un nuevo delito; esta

simplemente prevé una más eficiente implementación de un principio que ha sido previamente formulado en leyes estatales. Cuando una enmienda a ésta ley, que permitiría en el ámbito de sus agentes declaraciones falsas realizadas por la radio o en la prensa, fue presentada al Congreso, los publicistas y anunciantes de apoyo organizados y envió un *lobby* a Washington que exitosamente luchó la enmienda principalmente bajo el eslogan de “libertad de prensa” y “peligros para la democracia”. Esta enmienda propuesta, además, no habría creado un nuevo delito, porque las leyes estatales ya tienen prohibidas declaraciones falsas en la radio o en la prensa; esta habría implementado la ley y esta habría podido ser ejecutada. Finalmente, la Administración no ha sido capaz de ejecutar la ley como lo ha deseado debido a las presiones de los ofensores contra la ley, a veces ejercida a través del Jefe del Departamento de Agricultura, veces a través de congresistas que amenazan recorte en la asignación, y a veces por otros. La afirmación de Daniel Drew, un viejo fraude piadoso, describe la Ley penal con cierta exactitud, “La Ley es como una tela de araña; es hecha por moscas y pequeñas clases de insectos, por así decirlo, pero deja a los grandes abejorros abrirse paso. Cuando los técnicos de la ley se ponen en el camino, yo siempre he sido capaz de dejarlos de lado como si nada”.

El análisis precedente debe ser considerado una afirmación de que todos los esfuerzos para influir en la legislación y la administración son reprochables, ni siquiera como una interpretación particular de la ley penal. Esto significa solamente que la clase más alta tiene más influencia en moldear la ley penal y la administración a sus propios intereses que la clase más baja. La privilegiada posición de los delincuentes de cuello blanco ante la ley resulta en leve medida del soborno y las influencias políticas, principalmente por el respeto con que llevan a cabo ésta ocupación y el especial esfuerzo de su parte. El más poderoso grupo en la sociedad medieval aseguró relativa inmunidad mediante el “fuero eclesiástico” y ahora nuestros más poderosos grupos aseguran inmunidad relativa mediante el “beneficio de los negocios o profesión”.

En contraste con el poder de los criminales de cuello blanco está la debilidad de sus víctimas. Consumidores, inversores, accionistas se encuentran desorganizados, faltos de conocimiento técnico y no pueden protegerse a sí mismos. Daniel Drew, después de tomar una gran cantidad de dinero mediante prácticas comerciales desleales de Valderbilt en el acuerdo Erie, concluyó que fue un error tomar dinero de un hombre poderoso de su mismo nivel y declaró que en el futuro limitaría sus esfuerzos a extraños, diseminados por todo el país, que no serían capaces de organizarse y defenderse. La criminalidad de cuello blanco florece en puntos donde los hombres poderosos de los negocios y profesionales entran en contacto con personas que son débiles. A este respecto, es similar a robar un caramelo a un bebé. Muchos de los delitos de las clases más bajas, por otro lado, son cometidos contra personas de riqueza y poder en forma de allanamiento de morada y robo. Debido a ésta diferencia en el comparativo poder de las víctimas, los delincuentes de cuello blanco disfrutaban de inmunidad relativa.

El fraude es una interesante excepción al delito de cuello blanco a éste respecto. El fraude es usualmente el hurto a un empleador por su empleado, y el empleado es menos capaz de manipular las fuerzas sociales y legales en su propio interés que el empleador. Como era de esperar, las leyes relacionadas al fraude fueron formuladas mucho antes que las leyes para la protección de los inversores y consumidores.

La teoría de que el comportamiento criminal en general se debe o a la pobreza o a condiciones sicopáticas o sociopáticas asociadas con la pobreza pueden ahora ser mostradas como inválidas por tres razones. Primero, la generalización está basada en una muestra sesgada que omite casi completamente el comportamiento de los criminales de cuello blanco. Los criminólogos han restringido sus datos, por razones de conveniencia o ignorancia antes que de principio, en gran medida a los casos tratados por Cortes criminales o Cortes juveniles, y estas agencias son utilizadas principalmente por criminales de los estratos económicos más bajos. Consecuentemente, sus datos son manifiestamente sesgados por el punto de vista del estatus económico de los criminales y su

generalización de que la criminalidad está cercanamente asociada con la pobreza no está justificada.

Segundo, la generalización de que la criminalidad está cercanamente asociada con la pobreza obviamente no aplica a los criminales de cuello blanco. Con una pequeña cifra de excepciones, ellos no se encuentran en la pobreza, no fueron criados en barrios pobres o en familias muy deterioradas, y no son débiles mentales o psicópatas. Ellos rara vez fueron niños problema en sus años tempranos y no aparecieron en Tribunales juveniles o en clínicas de orientación infantil. La proposición, derivada de los datos utilizados por los criminólogos convencionales, que “el delincuente de hoy fue el niño problema de ayer” es rara vez cierta en delincuentes de cuello blanco. La idea de que la causa de la criminalidad debe ser encontrada casi exclusivamente en la infancia es del mismo modo falaz. Aún si la pobreza es extendida para incluir el estrés económico que afecta a los negocios en un periodo de depresión, no está estrechamente correlacionada con la criminalidad de cuello blanco. Probablemente en ningún momento dentro de cincuenta años han sido los delitos de cuello blanco en el campo de las inversiones tan amplios como durante el periodo de auge de los años veinte.

Tercero, las teorías convencionales aún no explican la criminalidad de las clases más bajas. Los factores sociopáticos y psicopáticos que han sido enfatizados sin duda tienen algo que ver con la causación del delito, pero estos factores no han sido relacionados a un proceso general que pueda encontrarse tanto en la criminalidad de cuello blanco como en la criminalidad de las clases más bajas y por lo tanto ellos no explican la criminalidad de ambas clases. Estos pueden explicar la forma y métodos del delito –porqué los criminales de las clases más bajas cometen hurtos o robos en lugar de fraude.

En vista de estos defectos en las teorías convencionales, una hipótesis que explicaría la criminalidad de cuello blanco al igual que la criminalidad de la clase más baja se necesite. Por razones de economía, simplicidad y lógica, la hipótesis debería aplicar a ambas clases, para así hacer posible el análisis de factores causales

liberado de las cargas de los dispositivos administrativos que han llevado a los criminólogos por mal camino. Shaw & McKay y otros, trabajando exclusivamente en el campo de las clases más bajas, han hallado las teorías convencionales inadecuadas para dar cuenta de las variaciones en los datos de las clases más bajas y desde ese punto de vista han trabajado hacia una explicación del delito en términos de un proceso social más general. Tales esfuerzos se facilitarían en gran medida por el procedimiento que ha sido descrito.

La hipótesis que es aquí sugerida como un sustituto de las teorías convencionales es que la criminalidad de cuello blanco, al igual que otra criminalidad sistemática, es aprendida; esta es aprendida en directa o indirecta asociación con aquellos que ya practican el comportamiento; y que aquellos que aprenden este comportamiento están separados de frecuentes e cercanos contactos con el comportamiento respetuoso de la ley. Si una persona se convierte en criminal o no es determinado en gran medida por la comparativa frecuencia y cercanía de sus contactos con los dos tipos de comportamiento. Este podría ser llamado el proceso de asociación diferencial. Esta es una explicación genética tanto de la criminalidad de cuello blanco y la criminalidad de las clases más bajas. Aquellos que se convierten en delincuentes de cuello blanco generalmente inician sus carreras en buenos vecindarios y buenos hogares, graduados de colegios con algunos ideales, y con poca selección de su parte, que se encuentran en particulares situaciones de negocios en las cuales la criminalidad es prácticamente una forma popular y son inducidos en ese sistema de comportamiento al igual que en cualquier otra popular. Los criminales de las clases más bajas generalmente empiezan sus carreras en vecindarios y familias deterioradas, encontrar delincuentes a mano de quienes adquieran las actitudes, y técnicas, del delito a través de la asociación con delincuentes y en segregación parcial de las personas que respetan la ley. Lo esencial del proceso es lo mismo para las dos clases de delincuentes. Este no es completamente un proceso de asimilación, para las creaciones que son frecuentemente hechas, quizás con mayor frecuencia en el delito de cuello blanco que en el delito de las clases más bajas. Los genios

inventivos para los criminales de las clases más bajas son generalmente delincuentes profesionales, mientras los genios inventivos para muchas clases de delitos de cuello blanco son generalmente abogados.

Un segundo proceso general es la desorganización social en la comunidad. La asociación diferencial culmina en el delito debido a que la comunidad no está organizada sólidamente contra este comportamiento. La ley esta presionando en una dirección, y las otras fuerzas están presionando en la dirección opuesta. En los negocios, las “reglas del juego” pugnan con las reglas legales. Un hombre de negocios que quiere obedecer las leyes es impulsado por sus competidores a adoptar sus métodos. Esto es bien ilustrado por la persistencia del soborno comercial a pesar de los arduos esfuerzos de las organizaciones empresariales por eliminarlos. Grupos e individuos se individualizan; ellos están más preocupados en su grupo especializado o sus intereses individuales que por el bienestar mayor. Consecuentemente, no es posible para la comunidad presentar un frente sólido en oposición al delito. Las *Better Business Bureaus* y *Crime Commissions*<sup>3</sup>, compuestas de hombres de negocios y profesionales, combaten el asalto, el robo, estafas de bagatela, pero pasan por alto los crímenes de sus propios miembros. Las fuerzas que inciden sobre las clases más bajas están equivalentemente en conflicto. La desorganización social afecta a las dos clases en formas similares.

He presentado una breve y general descripción de la criminalidad de cuello blanco en un marco de argumentación sobre las teorías del comportamiento criminal. Este argumento, despojado de la descripción, puede estar afirmado en las siguientes proposiciones:

1) La criminalidad de Cuello Blanco es criminalidad real, estando en todos los casos en violación de la ley penal.

<sup>3</sup> Los *Better Business Bureau* son organizaciones privadas integradas por empresas y empresarios con el propósito de solucionar sus conflictos, mientras que las *Crime Commissions* son organizaciones integradas por hombres de negocios con el propósito de informar a la colectividad sobre los riesgos de las organizaciones criminales.

2) La criminalidad de Cuello Blanco difiere de la criminalidad de las clases más bajas principalmente en una implementación del Derecho penal que segrega administrativamente a los delincuentes de cuello blanco de los otros criminales.

3) Las teorías de los criminólogos que el delito se debe a la pobreza o la psicopatía o sociopatía condiciones estadísticamente asociadas con la pobreza son invalidas porque, primero, ellas derivan de ejemplos que son exageradamente parcializados con respecto al status socioeconómico; segundo, ellas no aplican a los criminales de cuello blanco; y, tercero, ellas aún no explican la criminalidad de la clase más baja, ya que los factores no están relacionados a un proceso general característico de toda la criminalidad.

4) Una teoría del comportamiento criminal que explique tanto la criminalidad de cuello blanco como la criminalidad de la clase más baja es requerida.

5) Una hipótesis de esta naturaleza es sugerida en términos de asociación diferencial y desorganización social.

**NOTICIAS DEL CENTRO DE ESTUDIOS  
DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE  
LA EMPRESA (CEDPE)**

**2009**

**I. Eventos**

1. Curso “Los principales aspectos del Nuevo Código Procesal Penal”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. D. Pablo Talavera Elguera. Sede del CEDPE, febrero de 2009.
2. Conferencia “Problemas de autoría y participación en la empresa”. Organizada por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Manuel Abanto Vásquez. Sede del CEDPE, 20 de octubre de 2009.
3. Conferencia “La función del *compliance* o de cumplimiento en el sistema de prevención y detección del blanqueo de capitales en el mundo financiero”. Organizada por el CEDPE. Expositora: Abogada Rocío del Pilar Salcedo Machado. Sede del CEDPE, 5 de noviembre de 2009.

**2010**

**I. Eventos**

1. Seminario “Reglas generales de imputación penal en la criminalidad organizada: Aspectos penales, procesales y penitenciarios”. Organizado por el CEDPE y la Comisión de Capacitación del Área Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expositores: Prof. D. Ricardo Brousset Salas (Presidente de la Sala Penal Nacional), Prof. Mag. Aldo Figueroa Navarro (Vocal Superior Penal), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria (CEDPE), Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda (CEDPE), Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro (CEDPE), Prof. D. Germán Small Arana y D. Manuel Loyola Florián (Juez Penal Supraprovincial). Sala de Juramentos de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12, 13, 26 y 27 de mayo.

2. Conferencia “La imputación objetiva en la Jurisprudencia Penal Peruana”. Organizada por el CEDPE y la Corte Superior de Justicia de Cañete. Expositor: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Cañete, 4 de junio de 2010.

3. Seminario Internacional “El Derecho penal ante los retos del futuro”. Organizado por el CEDPE y el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Intervenciones de: Prof. Dr. Javier Villa Stein (Presidente del Poder Judicial), Prof. Dr. César San Martín Castro (Juez Supremo), Prof. Dr. José Miguel Zugaldía Espinar (Universidad de Granada, España), Prof. Dr. Esteban Pérez Alonso (Universidad de Granada, España), Profa. Dra. Elena Marín de Espinosa Ceballos (Universidad de Granada, España), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria (CEDPE), Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro (CEDPE). Sala de Juramentos de la Corte Suprema de Justicia de la República, 5 de julio de 2010.

4. Seminario “Los delitos de infracción del deber en la dogmática actual: Análisis de la autoría y la participación”. Organizado por el CEDPE y el Equipo de Ciencias Penales del Taller de Derecho de la PUCP. Expositores: Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro (CEDPE), Prof. D. José Leandro Reaño Peschiera (PUCP) y Prof. Dr. Raúl Pariona Arana (UNMSM). Auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP, 13 de julio de 2010.

5. Seminario “Problemas actuales del Derecho penal”. Organizado por el CEDPE y la Corte Superior de Justicia de Huancavelica. Expositores: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, D. Andy Carrión Zenteno, D. Pedro Alva Monge. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, 15 de julio de 2010.

6. Curso “Teoría de la Prueba”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. D. Pablo Talavera Elguera. Sede del CEDPE del 6 de julio al 9 de agosto de 2010.

7. Mesa Redonda “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sistemas de autorregulación empresarial”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, España). Club Empresarial de San Isidro, 19 de noviembre de 2010.

## II. Publicaciones 2009-2010

1. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *El Control de Constitucionalidad en la etapa de calificación del proceso penal*, Colección de Ciencias Penales N° 1. Editorial Palestra y Caro & Asociados.

2. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Estudios de Derecho Penal*, Colección de Ciencias Penales N° 2. Editorial Palestra, Caro & Asociados y CEDPE.

3. REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El Proceso Penal Aplicado. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Grijley, Caro & Asociados y CEDPE.

## III. Investigaciones

1. Participación en el VI Pleno Jurisdiccional Penal de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con los temas: “Acusación directa y proceso inmediato” (Da. Ana Hurtado Huaila), y “La condena del absuelto” (Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda).

## 2011

### I. Eventos

1. Seminario “Nuevo Código Procesal Penal: medios impugnatorios”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda. Cusco, 11 de mayo de 2011.

2. Conferencia “Modificaciones al régimen de infracciones y sanciones en materia de prevención del lavado de activos y financiamientos del terrorismo – Resolución SBS N° 3091-2011”.

Expositor: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria. COFIDE, junio de 2011.

3. Capacitación a Jueces de Paz Letrados: “La Audiencia en el proceso por faltas. Problemas aplicativos”. Organizado por la Comisión de Capacitación del Área Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Centro de Investigaciones Judiciales, con la Colaboración del CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda, Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, Prof. Mag. Aldo Figueroa Navarro. Poder Judicial, 3 y 4 de junio de 2011.

4. Seminario Internacional “Retos y perspectivas del Nuevo Código Procesal Penal. Evaluación a Cinco Años de su Entrada en Vigencia”. Organizado por el CEDPE y el Centro de Investigaciones Judiciales, conforme a la Resolución Administrativa N° 153-2011-P-PJ de 29.3.11. Expositores: Prof. Dr. Daniel Pastor, Prof. Dr. Manuel Miranda Estrampes, Prof. Dr. César San Martín Castro, Prof. Mag. Erick Ríos Leiva (CEJA). Auditorio de la Universidad Tecnológica del Perú, 5, 6 y 7 de julio de 2011.

## II. Publicaciones

1. *¿Medida cautelar de suspensión de una operación minera dictada por un Juez Penal? Comentarios a las resoluciones de la Corte Superior de Huancavelica en una investigación por el presunto delito de contaminación ambiental*. CEDPE y CARO & ASOCIADOS. En: Gaceta Penal, N° 25/2011, pp. 184-215.