Directora:
Patricia Faraldo Cabana

Coordinadores:
José Ángel Brandariz García
Luz María Puente Aba

Copia privada para fines exclusivamente educacionales. Prohibida su venta

Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización

ÁREA DE DEREITO PENAL
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

tirant lo blanch
alternativa

NUEVOS RETOS DEL DERECHO PENAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

NUEVOS RETOS DEL DERECHO PENAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Directora:
PATRICIA FARALDO CABANA

Coodinadores:
JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
LUZ MARÍA PUENTE ABA

Autores:
MARÍA ACALE SÁNCHEZ
JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
PATRICIA FARALDO CABANA
JEAN PIERRE MATUS ACUÑA
ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH
LUZ MARÍA PUENTE ABA
EDUARDO RAMÓN RIBAS
JOSÉ ANTONIO RAMOS VÁZQUEZ
LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

tirant lo blanch
Valencia, 2004

Copyright ® 2004

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

© PATRICIA FARALDO CABANA y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPOSITO LEGAL: V - 3283 - 2004
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 103 - 8
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc

Índice

- Prólogo, por Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de A Coruña 9
- «*Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*», por José Ángel Brandariz García, Profesor de Derecho Penal. Universidad de A Coruña 15
- «*Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual*», por José Antonio Ramos Vázquez. Universidad de A Coruña 65
- «*"Reconfiguración" del sistema de fuentes del Derecho Penal y "amenaza de crisis" del principio de legalidad: la incorporación del Derecho Internacional convencional y el fenómeno de la Globalización*», por Roberto Navarro Dolmetsch. Ayudante de Investigación. Instituto Chileno de Derecho Penal. Universidad de Talca (Chile) 123
- «*La* respuesta *del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?*», por Eduardo Ramón Ribas, Profesor Titular Interino de Derecho Penal. Universidad de las Islas Baleares 179
- «*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*», por Laura Zúñiga Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca 259
- «*Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*», por Patricia Faraldo Cabana, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de A Coruña..... 299
- «*Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas*», por María Acale Sánchez, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Cádiz 341
- «*Propuestas internacionales de criminalizar el acceso ilegal a sistemas informáticos: ¿Debe protegerse de forma autónoma la seguridad informática?*», por Luz María Puente Aba, Doctora en Derecho. Universidad de A Coruña 381
- «*Análisis dogmático del Derecho Penal ambiental chileno, a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile*», por Jean Pierre Matus Acuña, Profesor Asociado de Derecho Penal (Universidad de Talca [Chile]), Marcos Orellana Cruz (Universidad de Talca [Chile]), Marcelo Castillo Sánchez (Universidad de Talca [Chile]), Mª Cecilia Ramírez Guzmán, Profesora Conferenciante de Derecho Penal (Universidad de Talca [Chile]) 411

Prólogo

En el seno de las sociedades postindustriales hace tiempo que se viene hablando del fenómeno de la globalización. Aunque inicialmente este fenómeno nos remite al ámbito de la economía, lo cierto es que posee una indudable proyección en el ámbito del Derecho y, en particular, en la esfera del Derecho penal.

Cuando en el seno de las Ciencias económicas se habla de «globalización»[1] (económica), se alude —en palabras de J. ESTEFANIA— al «proceso por el cual las economías nacionales se integran progresivamente en el marco de la economía internacional, de modo que su evolución dependerá cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales». Así concebido el «proceso de globalización económica», conviene aclarar que no se trata ya de una simple «mundialización», sino que lo que sucede es, más bien, que la internacionalización habría cobrado un nuevo significado[2]. Cabría precisar, pues, que la globalización económica se nos muestra como un auténtico «salto cualitativo» de la internacionalización[3]. Siguiendo al

---

1 Conviene dejar aclarado desde un principio que, frente a las críticas lingüísticas que todavía hoy se siguen realizando por parte de algunos, el sustantivo «globalización» se halla ya incorporado al Diccionario de la RAE en su última edición (vid. vigésima segunda edición, 2001), con el siguiente significado, de contenido privativamente económico: «tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales». En dicha edición del Diccionario se admite también el verbo «globalizar», como equivalente a «universalizar», así como el adjetivo «globalizador».
Por su parte en el *Diccionario del español actual* (ed. de M. SECO, Madrid 1999), además de los vocablos «globalización» y «globalizar», se incluyen las voces «*globalidad*» (que posee dos acepciones, «cualidad de global» y «conjunto o totalidad») y «*globalismo*», con un significado específicamente político, esto es, como equivalente a «mundialismo», concebido como «tendencia a la colaboración entre todos los países del mundo y a la creación de un gobierno mundial».

2 Cfr. ESTEFANIA, J., *La nueva economía. La globalización*, Ed. Debate, 2.ª ed., Madrid, 1996, pp. 13 ss., quien subraya que no se puede minusvalorar la importancia de este fenómeno, como se revela ya por el simple dato de que la participación en el comercio internacional de la población mundial ha pasado de ser el 50%, a principios de los años ochenta, al 90%, en la actualidad.

3 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 85.

propio ESTEFANÍA, pueden señalarse tres causas para la globalización económica: en primer lugar, la aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de mercancías y servicios; en segundo lugar, la liberalización de los mercados de capitales; y, finalmente, la revolución de las comunicaciones y la informática, que proporciona el soporte tecnológico para que una masa creciente de capitales navegue por el ciberespacio a la velocidad de la luz, sin que sea precisa la intervención de otros factores de producción[4].

Por su parte, vinculado íntimamente al fenómeno de la globalización, hay que aludir al fenómeno de la «integración» supranacional[5], que en realidad no es más que un aspecto de la general globalización, y que pone de manifiesto la intensidad de las relaciones existentes entre diversas naciones, dado que su aspiración es lograr un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías, y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio[6].

Pues bien, si nos adentramos en nuestro terreno, a saber el del fenómeno criminal, podemos comprobar que los procesos de globalización económica e integración supranacional llevan aparejadas diversas consecuencias.

Entre ellas destaca la circunstancia de que los referidos procesos no sólo conllevan nuevas formas delictivas, sino que además hacen surgir una novedosa concepción de la delincuencia, que ya no se identifica con la criminalidad tradicional asociada a la marginalidad, sino que aparece caracterizada por las ideas de organización, transnacionalidad y poder económico. De este modo, frente al Derecho penal clásico o tradicional, que fue elaborado fundamentalmente sobre la base de los delitos de homicidio o de hurto cometidos por un autor individual común, el Derecho penal de la globalización ofrece como paradigma el delito

---

4 Cfr. ESTEFANÍA, J., op. cit., pp. 13 ss. y 21.

5 Según el Diccionario de la RAE, la palabra «integración» es un sustantivo que significa «acción y efecto de integrar o integrarse». Por su parte, el verbo «integrar», en la acepción que aquí interesa (la tercera), equivale a «hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo».

6 Vid. PIETH, M., «Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität», *Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 4, 1997, p. 756.

organizado que vulnera bienes jurídicos supraindividuales[7]. Así las cosas, la repercusión inmediata es obvia: al tratarse de una delincuencia organizada, intervienen en ella colectivos de personas estructurados jerárquicamente, que provocan que se produzca una disociación (tanto en el espacio como en el tiempo) entre quienes ejecutan materialmente el hecho y quienes alumbran la idea criminal[8].

Por otra parte, según una opinión cada vez más extendida, ello desembocará asimismo en una ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, dando lugar a un Derecho menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas tradicionales de imputación y en el que se relativizarán los principios político-criminales de garantía, sustantivos y procesales[9], aunque no falten autores que consideran que la globalización y la integración supranacional deberán

---

7 Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, pp. 107 ss.

8 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 193 s.

9 Paradigmático es al respecto en nuestra doctrina el conocido pronóstico de SILVA SÁNCHEZ (op. cit., pp. 81 ss.), quien considera que en este punto el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción. En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad, menciona como características de la dogmática de la globalización, las siguientes cuestiones: la inversión de la carga de la prueba en materia de imputación objetiva y de aplicación de eximentes; la ampliación del ámbito operativo de la comisión por omisión y de la imputación subjetiva (en el terreno del dolo eventual); la no distinción entre autoría y participación. Por su parte, como aspectos fundamentales de los principios político-criminales del Derecho penal de la globalización, cita los siguientes: en punto al principio de legalidad, el abandono del mandato de determinación en los tipos y la primacía del principio de oportunidad; en cuanto al principio de culpabilidad, disminución del ámbito de relevancia del error de prohibición, acogida de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y admisión de presunciones de culpabilidad; en fin, en lo atinente al principio de proporcionalidad, el castigo de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos y la proliferación de tipos de peligro muchas veces *standard*, imputados tanto en comisión activa como en comisión por omisión (vid. pp. 90 ss.). Sobre estas cuestiones vid. también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del «Big Crunch» en la selección de bienes jurídico-penales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Ed.), *Libro Homenaje al Prof. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 399 ss.

conducir a una restricción de la punibilidad, derivada de las construcciones de la Parte general elaboradas por la dogmática alemana[10].

Pues bien, es en este contexto en el que debe ser enmarcado el libro que tengo la satisfacción de presentar, y que, por lo demás, debe ser concebido como el fruto de una común inquietud científica de los integrantes del área de Derecho penal de la Universidad de A Coruña, que en los últimos tiempos hemos dedicado atención preferente a los problemas jurídico-penales asociados a la globalización y a la moderna sociedad del riesgo.

Ello se ha plasmado en la realización de diversos proyectos de investigación financiados, así como en la organización de diferentes Seminarios celebrados en los últimos años, especialmente los desarrollados en noviembre del año 2002 («El Derecho penal en la era de la globalización») y noviembre del año 2003 («Respuesta penal a los nuevos riesgos») en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad. De hecho la mayoría de los trabajos que se incluyen en el libro que ahora ve la luz tienen su origen en ponencias y comunicaciones preparadas para estos Seminarios.

El libro que ahora prólogo contiene contribuciones de profesores e investigadores del área de Derecho penal de la Universidad de A Coruña (como son los de Patricia Faraldo Cabana, José Ángel Brandariz García, Luz María Puente Aba y José Antonio Ramos Vázquez), así como trabajos de prestigiosos profesores de otras Universidades españolas que han intervenido como ponentes en los citados Seminarios (como son la Prof. Dra. María Acale Sánchez de la Universidad de Cádiz, el Prof. Dr. Eduardo Ramón Ribas de la Universidad de las Islas Baleares y la Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez de la Universidad de Salamanca).

Entre estos trabajos pueden encontrarse aportaciones de carácter general (como son los trabajos de E. Ramón, J. A. Brandariz y J. A. Ramos), que introducen al lector en la materia del fenómeno de la globalización y del *moderno* Derecho penal, caracterizado por una acusada expansión de este sector del Ordenamiento jurídico, y contribuciones que versan sobre ámbitos específicos como son la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (L. Zúñiga), la proble-

---

[10] Vid. en este sentido TIEDEMANN, K., «Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung», en *Festschrift für T. Lenckner*, München, 1998, pp. 411 ss. Crítico con esta opinión, explícitamente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. cit., pp. 84 s. y n. 202.

mática del nuevo sistema de sanciones previsto para la delincuencia organizada y terrorista a raíz de la experiencia de la reciente L.O. 7/2003 (M.ª Acale y P. Faraldo) o la criminalidad informática, con especial referencia a las propuestas internacionales de castigar penalmente el acceso ilegal a sistemas informáticos (L. M.ª Puente).

Además, el volumen se enriquece con la participación de profesores e investigadores del Departamento de Derecho penal de la Universidad chilena de Talca, con la que mantenemos una estrecha colaboración, y que nos aportan una inestimable contribución desde la perspectiva del Derecho chileno e internacional en dos ámbitos de singular relevancia científica: por un lado, un trabajo sobre el Derecho penal del medio ambiente (a cargo de J. P. Matus Acuña, M. Orellana Cruz, M. Castillo Sánchez y M.ª C. Ramírez Guzmán), que no se limita a analizar la experiencia del caso chileno, sino que se ocupa también de examinar las exigencias impuestas por el Derecho internacional en materia penal ambiental y de ofrecer un completo panorama de los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el Derecho comparado (sistema de la tradición continental y sistema del *common law*); por otro lado, un interesante trabajo sobre la incidencia del fenómeno de la globalización en el sistema de fuentes del Derecho penal, con especial referencia a la cuestión planteada por los tratados internacionales y a la amenaza de crisis del principio de legalidad, a cargo de Roberto Navarro Dolmestch.

No debo terminar sin felicitar antes a todos los autores de esta obra, la cual, más allá del indudable interés que encierra cada contribución en sí misma considerada, posee sin duda una lectura global e integradora, puesto que los trabajos se complementan de tal manera que colectivamente el volumen puede verse también como un todo dotado de una unidad material sobre un tema de tanta actualidad para el Derecho penal.

Y, por supuesto, tampoco puedo finalizar este prólogo sin una ulterior felicitación a mis queridos discípulos, por su entusiasmo y por su exclusiva dedicación al oficio universitario en todas sus parcelas, una de las cuales es evidentemente la siempre ingrata tarea de conseguir que trabajos científicos de calidad como los aquí contenidos puedan llegar a ser publicados, y además en una Editorial de tanto prestigio como ésta. Claro que para ello han contado de nuevo con el inestimable apoyo de nuestro buen amigo Salvador Vives, apoyo que agradecemos mucho.

Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho penal
Universidad de A Coruña

Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas[1]

José Ángel Brandariz García
Profesor de Derecho Penal
Universidad de A Coruña

Sumario: I. Introducción. II. La *"Tolerancia Cero"* como nuevo icono de la moderna gestión del control social (formal). III. Rasgos contemporáneos del sistema penal como mecanismo de control social (formal). 1. Evolución institucional de las instancias del sistema penal. 1.1. La expansión del sistema penal y la inflación carcelaria (el gran encarcelamiento). 1.2. El incremento del peso del sector policial y penitenciario en el seno de la Administración. 1.3. El relanzamiento de la industria —privada— de control del delito. 2. Readaptación de las funciones del sistema penal en las sociedades contemporáneas. 2.1. La emergencia de la sensación social de inseguridad y su gestión institucional. 2.2. La gestión actuarial del sistema de control social formal y la construcción del "enemigo interno". 2.3. El rol del sistema penal en el nuevo gobierno de la exclusión social. IV. Epílogo. Evolución del control social (formal) tras el 11-S: la *"cultura de la emergencia"* en la era de la *Guerra Global Permanente*. V. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace años las sociedades occidentales, incluida la española, se ven sacudidas por un cierto pánico moral que se deriva del incremento,

[1] El presente trabajo tiene su origen en la ponencia sobre el mismo tema presentada el 16 de diciembre de 2003 en el marco de las Jornadas sobre *"Globalización e conflictos bélicos"*, organizadas por la Universidad de A Coruña y *Enxeñeria sen Fronteiras-Galicia*. A pesar de los correspondientes ajustes para la publicación, es posible que el estilo, y la propia selección temática, sigan siendo deudores de dicho origen.

aparentemente descontrolado, de todo tipo de riesgos, situación que, mediada en la construcción de su sentido por su representación mediática, tiende a focalizarse en la sensación de inseguridad ciudadana derivada de la pequeña delincuencia urbana con víctimas individuales, identificada con determinados espacios (los barrios periféricos de las urbes metropolitanas) y con determinados sujetos sociales (los migrantes, los *yonkis*, los jóvenes de las periferias urbanas). Este fenómeno, común a los diferentes países occidentales, implica una modificación fundamental en el sentido y función del sistema penal como mecanismo de control social (formal). No obstante, no cabe perder de vista que tal fenómeno halla su significación en el contexto de mutaciones de mayor alcance, que producen transformaciones sociales de gran calado, agrupadas bajo lo que convencionalmente puede conocerse como globalización neoliberal. De especial interés es, en este caso, la mutación que afecta al Estado contemporáneo (postfordista), que pasa del *Welfare State* a un modelo con una definición más difusa, en el que la institución estatal modifica las funciones atribuidas a su centralidad permanente[2], acomodándose a un modelo de Estado —en principio— mínimo en lo socioeconómico, y máximo en lo referente al control social[3]. En ese contexto se modifica la

---

[2] Sobre la influencia de ello en la evolución del sistema penal resulta de interés la lectura de BERGALLI, R., "Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*, en particular pp. 67 y ss.; GARLAND, D., *The Culture of Control*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 75 y ss., y 193 y ss. —muy centrado en el ámbito anglosajón—; RUGGIERO, V., *Crime and Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 64 y ss. En esta perspectiva fuertemente multidisciplinar se desarrolla también el trabajo de DE GIORGI, A., *Zero Tolleranza*, Deriveapprodi, Roma, 2000, pp. 15 y ss.

[3] Para una definición contemporánea de lo que sea *control social* puede optarse, en su perspectivismo multidisciplinar, por la que ofrece DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 15 y s.: "*...por control social entiendo un conjunto de saberes, poderes, estrategias, prácticas e instituciones a través de las cuales las élites del poder preservan un determinado orden social, es decir, una específica "geografía" de los recursos, de las posibilidades, de los deseos.*

Se podría también decir que control social es el proceso (histórico) de construcción de la relación entre poder y desviación: poder de definir las normas y de etiquetar a quien de ellas se desvía, poder de inducir conformidades y reprimir deformidades, de trazar la diferencia entre normal y patológico, poder de corregir sancionando y de sancionar corrigiendo". Con todo, para un análisis más profundo del sentido de este concepto sociológico, pueden verse los diversos trabajos del volumen BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997, en

perspectiva de aproximación a los efectos del sistema socioeconómico sobre los sectores sociales más desfavorecidos, ya que el modelo asistencial se ve sustituido por una aproximación que pone en primer término el paradigma del control.

II. LA "TOLERANCIA CERO" COMO NUEVO ICONO DE LA MODERNA GESTIÓN DEL CONTROL SOCIAL (FORMAL)

El interés de analizar la dinámica de control social formal conocida vulgarmente como "*Tolerancia Cero*" deriva tanto de su intensa y extensa introducción en el discurso contemporáneo sobre la gestión de la criminalidad y, en general, de los conflictos sociales, cuanto de la proyección debida a su elaboración en EE.UU. —en concreto, en Nueva York, una de las Romas del nuevo Imperio[4]—, lo que la dota de una *vis* expansiva que no puede desconocerse[5].

La arquitectura de una verdadera *nueva economía del control social* ha venido siendo articulada desde EE.UU., donde en las últimas décadas ha encontrado eco esta nueva ideología en un conglomerado de instituciones públicas, *think tanks*, medios de comunicación y empresas privadas participantes de la economía de la prisión[6], con el resultado del crecimiento exponencial y constante, en el lapso de unas pocas décadas, de la población penitenciaria estadounidense y, más allá de ello, de la propia clientela del sistema penal.

Si se quiere buscar una génesis concreta de la nueva retórica de la "*Tolerancia Cero*", como elemento discursivo —verdadero icono

---

particular SUMNER, C., "Social Control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology", pp. 1 y ss., y SCHEERER, S./ HESS, H., «Social Control: a Defence and Reformulation», pp. 96 y ss.

4 En expresión de HARDT, M./ NEGRI, A., *Imperio*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 317.

5 A ello hace también referencia RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles escenarios de la penalidad", *Panóptico*, n.º 5, 2003, p. 150.
Hasta donde se alcanza a ver, el estudio más completo sobre la nueva ideología punitiva gestada en Nueva York es el que se plasma en los diversos trabajos presentes en el volumen ORTNER, H./ PILGRAM, A./ STEINERT, H. (eds.), *New Yorker "Zero-Tolerance" Politk*, Nomos, Baden-Baden, 1998, *passim*.

6 Cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000, p. 16.

sociopolítico contemporáneo— más exitoso de esta nueva economía del control social, puede comprobarse que punto de referencia de la difusión de esta ideología es el *Manhattan Institute* de Nueva York[7], *think tank* neoconservador defensor de la tríada libre mercado-responsabilidad individual-valores patriarcales[8]. Confeso alumno de las enseñanzas del *Manhattan Institute* ha sido R. GIULIANI, fiscal que a fines de 1993 gana las elecciones municipales en Nueva York, dando inicio a la política de agresiva persecución de la pequeña delincuencia, así como de otras disfunciones sociales, como la mendicidad, la ebriedad, el consumo de drogas, la prostitución, la realización de grafittis, o la vida en las calles (*homeless*), coordinada por W. BRATTON, jefe del *New York Police Department* —NYPD—, y conocida por el logo "*Tolerancia Cero*"[9]. En concreto, esta nueva forma de aproximación al control social urbano se estructuró mediante tres elementos fundamentales: a) el incremento de los efectivos policiales, así como de los medios materiales[10]; b) los incentivos económicos de los resultados cuantitativos, como mecanismo de introducción de técnicas empresariales en la administración de las fuerzas policiales[11]; c) la mejora y ampliación de las bases de datos de control[12].

---

7 Cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 20 y s.; "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal", *Archipiélago*, n.º 55, 2003, p. 71.

8 No debería discutirse el hecho de que en la difusión del nuevo discurso no hay responsables únicos. Otros *think tanks* neoconservadores, como la *Heritage Foundation* en el caso de EE.UU., o el *Institute of Economic Affairs* y el *Adam Smith Institute*, en el caso británico, han jugado un papel en ello. Sobre el papel de los *thin tanks* en la difusión de esta nueva ideología del control social, vid. WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 64 y ss.

9 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 108 y s.; RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles..." cit., p. 150.

10 Es significativo que la plantilla policial en la ciudad de Nueva York se incrementa en los primeros 5 años de gobierno municipal de GIULIANI en casi un 40%, aumentando en 12000 personas, en el mismo período en que el volumen de empleados públicos en servicios sociales disminuye en 8000 personas, para un total final (1999) de 46000 policías frente a 13400 empleados públicos en servicios sociales (datos aportados por WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., p. 24; para otros datos adicionales puede consultarse HARCOURT, B. E., "Desorden público y observancia de la ley", *Archipiélago*, n.º 55, 2003, p. 86).

11 Este mecanismo se inserta en el marco de una más amplia incorporación del *management* empresarial al control social formal, estructurado en función de la gestión por objetivos (vid., sobre ello, GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 114 y ss.), en la cual el escenario deseado es la reducción de las estadísticas de delitos, o, en su caso, otros referentes de éxito más fácilmente alcanzables en el presente, como

La consecuencia de esta política ha sido doble[13]: por una parte, el hostigamiento permanente a ciertos sectores sociales en los (determina-

---

el incremento de las estadísticas de la clientela penal (345.130 arrestos realizados en la ciudad de Nueva York en 1998, según datos de WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., p. 35), el número de policías disponibles, el número de llamadas de emergencia satisfactoriamente atendidas, la velocidad de atención a estas llamadas, etc. Sobre ello, cfr. también GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 119 y s., quien hace referencia a los nuevos referentes de éxito de la judicatura, de los servicios sociales penitenciarios o de la administración penitenciaria.

Sin embargo, resulta significativo en la relativización de los resultados obtenidos, que los éxitos en la reducción de las estadísticas criminales son similares a los que aporta San Diego, paradigma del modelo de policía comunitaria o de proximidad, donde en el mismo período la plantilla policial se incrementó sólo en un 6%, y donde se redujeron tanto el número de detenciones como el de quejas frente a la policía, en el mismo tiempo en que ambas magnitudes se disparaban en Nueva York (cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 24 y s.; "Penalización..." cit., pp. 67 y s. [n. 6]). La otra ciudad conocida en EE.UU. por el importante descenso de las estadísticas criminales con la puesta en práctica de estrategias antagónicas a las de Nueva York es Boston, en la cual el control social formal se ha articulado mediante la acción convergente del control de la circulación de armas de fuego y del diseño de mecanismos de cooperación entre la policía y la comunidad negra.

Otras estadísticas moderan igualmente la valoración de los supuestos éxitos de la política emprendida en Nueva York, justamente acusada de un recorte inadmisible de derechos y libertades. Ello se evidencia en datos como los siguientes: el 80% de los jóvenes negros o latinos de Nueva York han sido arrestados en alguna ocasión; de cada 29 arrestos practicados por tenencia ilícita de armas sólo 1 resulta exitoso; la brigada de élite de la NYPD practica un 91% de los arrestos de forma injustificada (todos ellos datos publicados en 1999, y tomados de WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., p. 32 [n. 28]). Pueden consultarse otras estadísticas similares en DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 115 y s.; HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., p. 88; WACQUANT, L., "Penalización..." cit., pp. 68 y s. A todo ello hay que añadir que los estudios especializados sólo consideran a la política de *Tolerancia Cero* responsable secundaria en el descenso de las estadísticas criminales en la ciudad (cfr. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 111 y ss.).

Todo estos datos y reflexiones han conducido en EE.UU. a discutir si resulta admisible acometer una masiva restricción de derechos para lograr una reducción de las estadísticas criminales o, dicho de otro modo, si es posible seguir desatendiendo la violencia social (y, dicho sea de paso, los altos costes financieros) que comporta en sí mismo el propio sistema de control social formal. Sobre el declive de la ideología de la *Tolerancia Cero* en el debate público en EE.UU., cfr. WACQUANT, L., "Penalización..." cit., pp. 67 y s.

12 Cfr., sobre todo ello, DE GIORGI, A., *Zero...* cit., p. 109; HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., p. 87; RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles..." cit., pp. 150 y s.; WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 22 y ss.

13 Cfr., sobre ello, RIVERA BEIRAS, I., *Los posibles...* cit., p. 150; WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., p. 22.

dos) espacios públicos; por otra parte, la construcción de un mensaje de tranquilidad transmitido a los restantes sectores sociales, en concreto a las clases medias y altas, que precisamente son las que suelen participar en los procesos electorales[14]. Sin embargo, esta política de "*Tolerancia Cero*" ha provocado también una importante mutación, acorde con el abandono de las dinámicas de control social propias del *Welfare State*, en los sujetos destinatarios del control social formal, y del sistema penal en particular, que, de ser sujetos individuales que responden por sus hechos propios, pasan a ser grupos sociales identificados.

La cobertura teórica de estas prácticas viene dada por la tesis de las "*ventanas rotas*"[15], de gran difusión en las instancias institucionales y en cierto sector académico estadounidense, que, junto a otras teorizaciones —como la aplicación al ámbito penal del Análisis Económico del Derecho (AED)[16]—, aporta una alternativa para la superación del análisis

---

[14] Resulta significativo que la política de *Tolerancia Cero* ha abierto un abismo entre la población blanca y negra de Nueva York, en atención a las valoraciones que da cada comunidad en relación con dicha política y con las sensaciones de seguridad que les genera. Sobre ello, cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 34 y s.
Más en general, sobre la reacción de las clases medias y de los sectores profesionales a las nuevas estrategias de respuesta al delito, vid. GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 148 y ss., y 154 y ss.

[15] La tesis de las "*ventanas rotas*" (*Broken Windows*) es debida a los criminólogos conservadores estadounidenses J. Q. WILSON (autor de una verdadera Biblia de la criminología neoconservadora estadounidense: *Thinking about* Crime, Vintage, New York, 1975) y G. KELLING, que la expusieron por vez primera en el breve artículo "Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety", *Atlantic Monthly*, vol. 249, n.º 3, marzo 1982, pp. 29 y ss. Para un análisis y crítica de esta teoría, vid. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 106 y s.; HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., pp. 82 y ss. —quien, en p. 88, traslada la aguda observación de que la experiencia de algunas ciudades, como Amsterdam o San Francisco, evidencia que la manifestación, sin control policial, de pequeños desórdenes públicos, no conlleva necesariamente altos índices de violencia y delincuencia urbanas—; WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., p. 21.

[16] Como sugieren DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 31 y s.; GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 188 y ss., en el sustento teórico de esta nueva economía del control social formal ha influido también, cuando menos en el ámbito anglosajón, la difusión de la teoría del *Análisis Económico del Derecho* aplicada al sistema penal, cuando menos la proyección a este campo de los planteamientos coste-beneficio (sobre las ideas del AED en relación con la función de la pena, y con la propia Política Criminal, vid. MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 227 y s., y 271 y s.). GARLAND, D., *The Culture...* cit., p. 19, no obstante, apunta que en determinados casos, como el de la

etiológico de la criminalidad, permitiendo el abandono de la perspectiva de los factores condicionantes de carácter socioeconómico o psicosocial[17]. Según esta teoría, la tolerancia de las pequeñas infracciones, como los grafitti, la mendicidad, la micción pública o el uso de los transportes públicos sin billete, fomenta la delincuencia violenta grave, al transmitir la impresión de que la sociedad está descontrolada; en consecuencia, de acuerdo con este punto de vista, la mejor forma de luchar contra las grandes patologías criminales consiste en perseguir con severidad los pequeños desórdenes cotidianos.

El modelo de la *"Tolerancia Cero"*[18] descrito, dirigido a la criminalización de la pobreza, es decir, a la gestión policial de la pobreza que molesta —la que provoca incidentes, la que se ve—, lo que tiene mucho que ver con la reordenación mercantil de la ciudad[19], ha iniciado

---

opción por el encarcelamiento en masa en EE.UU., este tipo de cálculos coste-beneficio ha decaído ante otro género de consideraciones.

17 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 25 y s., 30 y ss., y 96 y ss.; GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 10, y 182 y s., quienes recuerdan que en buena parte de las teorizaciones académicas contemporáneas sobre el crimen, y en las imágenes sociales (en la dramatización) que del mismo se producen, dejan de contemplarse las desigualdades o los problemas sociales en términos de clase, de etnia o de género, para ser sustituidos por discursos centrados sobre las ideas de peligro, de riesgo y de seguridad, y sobre los estereotipos de los agresores peligrosos y los criminales profesionales de carácter incorregible.

18 Con las breves notas de este modelo ya expuestas hay suficientes elementos de juicio para comprender que la noción de *"Tolerancia Cero"* resulta un logo falaz en relación con lo que pretende connotar, ya que estas estrategias no intentan garantizar el cumplimiento efectivo de todas las normas (por ejemplo, las que sancionan la defraudación tributaria, la economía sumergida, la corrupción o los excesos policiales), lo que resultaría seguramente insoportable, sino que pretenden la garantía del cumplimiento de determinadas normas, en relación con determinados grupos sociales y en determinados espacios públicos. De este modo, más que de *"Tolerancia Cero"* habría que hablar de intolerancia selectiva. De hecho, resulta evidente que toda la construcción que se sustenta sobre el lema de la *"Tolerancia Cero"* evidencia una comprensión reduccionista de la criminalidad, incapaz de aportar soluciones válidas para el conjunto de los comportamientos de alta dañosidad social en el mundo contemporáneo. Como máximo, sólo oferta una solución, harto discutible, para el mantenimiento de una determinada parcela del orden social. Cfr., sobre todo ello, HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., pp. 91 y s.; WACQUANT, L., "Penalización..." cit., p. 69.

19 Cfr. HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., p. 93, quien no deja de resaltar que esta opción intensiva de control social implica la aniquilación también de buena parte de la efervescencia y creatividad social.

su exportación desde EE.UU. al resto de los países occidentales[20]. Seguramente en esta difusión han influido, entre otros factores, los innegables réditos mediáticos (su acusado perfil simbólico-comunicativo), pero sobre todo políticos, de esta orientación, que permite encubrir la retirada estatal del ámbito socioeconómico ofreciendo aparentes prestaciones en materia de seguridad, ante el incremento de las sensaciones de inseguridad de importantes segmentos de la ciudadanía[21]. Desde el momento de su desarrollo y aplicación en Nueva York, la doctrina de la *Tolerancia Cero* se ha convertido en un recurrente eslogan ya no aplicado únicamente al control de la pequeña delincuencia urbana, sino a todo tipo de comportamientos incívicos, delictivos o no —como las pequeñas infracciones en materia de tráfico, la conflictividad en la escuela o la violencia de género—[22], generando una mutación en la perspectiva de aproximación de la ciudadanía a la gestión de los conflictos cotidianos[23]. El éxito en la difusión de esta doctrina es tal que resulta difícil no encontrar en las campañas electorales de los diferentes países europeos desde la segunda mitad de los años'90, por parte de diversos partidos con opciones de gobierno, referencias claras a esta nueva ideología del control social[24].

---

20 Cfr., sobre ello, DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 105 y s.; HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., pp. 82 y s.; WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 26 y ss., y 50 y ss.
En España, al margen de su innegable penetración en el discurso público sobre el control de la criminalidad, pueden fácilmente identificarse en los últimos años determinados planes que presentan puntos de conexión con esta orientación, como el *Plan Policía 2000* o el *Plan Focus* de control de la delincuencia en las grandes ciudades. Sobre ello, cfr. RODRÍGUEZ, E., "España: *Zero Tollerance*", *Archipiélago*, n.º 55, 2003, pp. 109 y s.

21 Cfr. GARLAND, D., «Les contradictions de la "société punitive": le cas britannique», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998, p. 61.

22 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 105; WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 31.

23 Cfr. GARLAND, D., "Lucha contra el crimen y modernidad tardía en EE.UU. y Gran Bretaña", *Archipiélago*, n.º 55, 2003, p. 103; HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., p. 92.

24 Cfr., sobre ello, BERGALLI, R., "Las funciones..." cit., pp. 73 y ss.; GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 13 y s.; WACQUANT, L., «La tentation pénale en Europe», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998, p. 4; *Las cárceles*... cit., pp. 129 y ss. Resulta también digno de consideración en este punto SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 69 y ss. Una interesante reflexión sobre la introducción de estos discursos en la (pre-)campaña de las elecciones federales alemanas de 1998, así como sobre el papel de los *media*

La política penal analizada funciona como una predicción que se autocumple: las estadísticas criminales reflejan mayor número de delitos en determinados grupos sociales y en determinados espacios de la estructura urbana por la acción convergente del abandono de estos lugares y grupos por parte del Estado Social y de la intensificación del control policial sobre los mismos, el cual permite aflorar mayor número de comportamientos desviados o delictivos. Ello reproduce, de nuevo, la decisión de centrar en estos grupos y espacios los esfuerzos institucionales en la gestión del control social[25]. No es este el único sentido en el que el sistema contemporáneo de control social formal presenta una cierta naturaleza autopoiética. Ello se trasluce también en el hecho de que la creciente sensación social de inseguridad genera demandas de seguridad que, debido a la centralidad del sistema penal en esta interacción social, se convierten en incrementos del nivel punitivo que, al no responder a las expectativas, redoblan la sensación de inseguridad y las demandas sociales[26].

La breve descripción de las características fundamentales de la ideología y de la práctica de la "*Tolerancia Cero*" insinúa multitud de elementos que, como sucede con la naturaleza autopiética que se acaba de analizar, van mucho más allá de esta concreta práctica, y que permiten realizar una contextualización de los rasgos que presenta el sistema penal en el momento contemporáneo.

III. RASGOS CONTEMPORÁNEOS DEL SISTEMA PENAL COMO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL (FORMAL)

El control social formal y el sistema penal contemporáneos, así como sus líneas de evolución, son fenómenos complejos, contradictorios, que

---

en la reducción de los términos del debate político-electoral en este punto puede verse en KERNER, H. J., "Nachdenken über New York - Vorlauf zum Wahlkampf 1998? Zur ersten Phase der vom "Spiegel" ausgelösten sicherheitspolitischen Debatte in Deutschland", en ORTNER, H./ PILGRAM, A./ STEINERT, H. (eds.), *New*... cit., pp. 243 y ss.

25 Cfr. HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., p. 92; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 74 y 80.

26 Cfr. PAVARINI, M., "Controlling Social Panic: Questions and Answers About Security in Italy at the End of the Millennium", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social*... cit., pp. 80 y s.

no soportan una explicación unidimensional, sino que deben ser comprendidos desde la constatación coral, múltiple, de diversos rasgos de análisis, que proyectan una imagen aproximativa del sentido contemporáneo de tales fenómenos[27].

La aproximación a esta realidad puede articularse, a los efectos de su mejor comprensión, mediante un análisis tanto de la evolución de la arquitectura institucional de las instancias del sistema penal cuanto de la reciente adaptación de las funciones asignadas a este sistema en las sociedades contemporáneas.

1. Evolución institucional de las instancias del sistema penal

Las instancias del sistema penal, como elemento central del control social formal, han experimentado unos itinerarios de evolución en cierta medida comunes a los diferentes Estados occidentales, de adaptación a una situación nueva, cual es la de la hipertrofia de dicho subsistema de control, y la mutación de las funciones que en la actualidad le son asignadas[28]. Todo ello se produce en el tránsito del sistema penal del Estado providencia (fordista) al sistema penal del modelo estatal actual (postfordista), es decir, una mutación que en la que —como se ha apuntado— se tiende a sustituir la conceptuación de los sectores sociales potencial o actualmente excluidos como destinatarios de asistencia por una conceptuación como destinatarios de control.

1.1. La expansión del sistema penal y la inflación carcelaria (el gran encarcelamiento)

La expansión del sistema penal y la inflación penitenciaria son fenómenos que se han presentado de forma reciente, y en cierta medida contradictoria, en los países de la UE, pero muy acusados en el caso de EE.UU.[29].

---

[27] En este sentido se plantean sus investigaciones, por ejemplo, DE GIORGI, A., *Zero...* cit., *passim*; GARLAND, D., *The Culture...* cit., p. 167; MATTHEWS, R., "Reflexiones sobre los recientes desarrollos de la política penal desde la teoría de los sistemas", *Panóptico*, n.º 4, 2002, *passim*; RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles..." cit., pp. 149 y s.

[28] Cfr. GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 168 y ss.

[29] El incremento del control social penal (o de la "*punitividad*") en EE.UU. no se concreta sólo en el efecto de expansión de la red —ante todo en el encarcelamiento

En ese país, hacia inicios de los años 70 la población penitenciaria había venido descendiendo de forma permanente, en una época en la que la prisión se asumía —en la teoría y en la práctica— como la última solución para resolver los conflictos sociales derivados de la criminalidad[30]. Como consecuencia de ello, en 1975 había en EE.UU. 380.000 reclusos. En ese momento histórico la aproximación a la materia cambia, y ello genera un crecimiento desmesurado y sostenido, que determina que a inicios de 1999 se supere la barrera de 2.000.000 de presos, en los más de 4500 establecimientos penitenciarios estadounidenses, alcanzando un índice de encarcelamiento masivo desconocido en la actualidad en cualquier otro territorio del planeta[31].

---

masivo—, que se analiza a continuación, sino en otras medidas recientes, como el relanzamiento de la pena de muerte, la reintroducción de los campos disciplinarios de entrenamiento (*boot camps*), la legislación de la condena a perpetuidad como consecuencia de la reincidencia (las normas vulgarmente conocidas como "*Three Strikes and you're out*"), las restricciones en el acceso a la libertad condicional (*parole*), la austeridad en las condiciones de vida penitenciaria, la proliferación de macroprisiones, o la propia política de *Tolerancia Cero*, como recuerdan GARLAND, D., *The Culture...* cit., p. 142; MATTHEWS, R., "Reflexiones..." cit., p. 76. Todas ellas son medidas con un acusado perfil simbólico-comunicativo, preordenado al reforzamiento de la autoridad estatal en la respuesta al crimen, y a la transmisión de imágenes de esa autoridad al público, capaces de rebajar la tensión debida a la sensación social de inseguridad.

30 Cfr. WACQUANT, L., «L'Ascension de l"État pénal en Amérique», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998, pp. 7 y s.

31 El índice de encarcelamiento en EE.UU. (710 reclusos por cada 100000 en 2000) es incomparablemente (5-10 veces) mayor que el de los países de la UE, y sólo tiene parangón, aunque superándolo, con el de otros dos Estados del planeta: Rusia (630 reclusos por cada 100.000 habitantes en 2000) y Bielorrusia (560 en el mismo año). En el caso de la actual UE los índices mayores se dan en España, Portugal e Inglaterra-Gales, situándose todos ellos entre 120-160 reclusos por cada 100.000 habitantes, si bien se encuentran muy por debajo de los índices que presentan algunos de los países que ingresan en la UE en 2004. Sobre estos datos, vid., por todos, CHRISTIE, N., "Los maxiencarceladores", *Archipiélago*, n.º 55, 2003, pp. 95 y ss. —quien, entre otros autores, cree percibir indicios de una cierta desaceleración del crecimiento de la población penitenciaria—; WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., pp. 8 y ss.; *Las cárceles...* cit., pp. 80 y s.; CHRISTIE, N., *La industria del control del delito*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 88 y ss.
Para un análisis más amplio de tales datos, contextualizado en un estudio planetario, vid. CHRISTIE, N., «Éléments de géographie pénale», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998, pp. 68 y ss.
Para un análisis detenido de la hipertrofia del sistema penal estadounidense, vid. WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., pp. 7 y ss.; *Las cárceles...* cit., pp. 79 y ss.

Aparentemente, la explicación de este proceso de evolución debería buscarse en su correlación con un incremento similar de la criminalidad. Sin embargo, una rápida revisión de las estadísticas criminales impide sustentar tal interpretación[32]. En efecto, los estudios de referencia evidencian que en general la criminalidad permaneció constante en EE.UU. durante las últimas décadas del s. XX, para declinar durante los años 90[33].

Esta divergencia de las dinámicas de evolución de los índices de criminalidad y de encarcelamiento puede explicarse por dos factores: en primer lugar, por el incremento de la duración media de las penas de prisión, condicionante de especial incidencia en el ámbito europeo[34], y, en segundo lugar, por la extensión de la red penitenciaria a todo un conjunto de sectores sociales de la pequeña delincuencia[35], en particular en materia de estupefacientes, lo que tiene mucho que ver con la *Guerra contra las Drogas* impulsada en EE.UU. con especial virulencia desde los inicios de los años 80.

Sin embargo, la red penal no sólo se extendió en el ámbito penitenciario, sino que creció aún en mayor medida en relación con los ciudadanos que están sometidos a control penal extrapenitenciario[36], por medio de libertades vigiladas y demás medidas ambulatorias[37]. En concreto, esa

---

32 Cfr. CHRISTIE, N., *La industria...* cit., pp. 98 y s.; "Éléments..." cit., pp. 68 y ss.

33 Para una aproximación al descenso de la criminalidad desde comienzos de los años 90 en EE.UU., así como a las causas de ello, cfr. HARCOURT, B. E., "Desorden..." cit., pp. 85 y s.; GARLAND, D., *The Culture...* cit., p. 208; WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., pp. 11 y s.; *Las cárceles...* cit., p. 80.

34 Este incremento de la duración media de las penas de prisión es debido en EE.UU. a realidades normativas como el establecimiento de mínimos obligatorios de pena privativa de libertad o la imposición de la reclusión a perpetuidad en supuestos de multirreincidencia. WACQUANT mantiene la tesis (cfr., por ejemplo, "L'Ascension..." cit., p. 14) según la cual el incremento de la población penitenciaria en EE.UU. obedecería más al segundo de los factores enunciados en el texto, mientras que en los países europeos se debería sobre todo al aumento de la duración media de las penas, en el marco de una política *bifurcatoria* de respuesta al delito. En Europa, en efecto, de acuerdo con el estudio KUHN, A., "Prisões europeias: a luta contra a superlotação", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2/1996, pp. 271 y ss., el incremento de la población penitenciaria aparece más bien conectado al incremento de la duración media de las condenas.

35 Cfr. WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., p. 13; *Las cárceles...* cit., p. 82.

36 Cfr. MATTHEWS, R., "Reflexiones..." cit., pp. 78 y ss.; WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., pp. 15 y s.

37 Este género de medidas penales ambulatorias se ha intensificado en cuanto a sus controles, lo que ha dado como resultado un incremento muy notable de las revocacio-

red de control alcanza en EE.UU. a comienzos del tercer milenio a casi 5 millones de personas[38]. Todo ello pone de manifiesto tanto la innegable extensión de la red del sistema penal —efecto de *net-widening*— como la existencia de una cierta política bifurcatoria en el tratamiento de los delitos, que, no obstante, resulta imperfecta, en cuanto solapa sus dos vías de aproximación al infractor, de modo que en ocasiones el mismo sujeto es sometido sucesivamente a los dos géneros de respuesta jurídica (penitenciaria y extrapenitenciaria) de control del delito[39].

---

nes, y de las consiguientes transformaciones en privación de libertad (cfr., sobre ello, por todos, CHRISTIE, N., *La industria...* cit., pp. 119 y ss.; WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., p. 15). Todo ello no deja de tener relación con la sustitución en el pensamiento penal institucional y —en gran medida— académico del paradigma resocializador por el paradigma incapacitador (inocuizador) y puramente sancionador.

38 De los cuales, en datos de 2001, 3'8 millones estaban sometidos a *probation* (libertad vigilada) [datos tomados de MATTHEWS, R., "Reflexiones..." cit., p. 78]. Estadísticas adicionales presentan CHRISTIE, N., "Éléments..." cit., p. 73; WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., p. 16.

Este volumen descomunal de población sometida al más grave de los controles sociales formales (el penal) alcanza al 9'4% adultos varones negros, y al 1'9%, en el caso de los blancos (incluidos latinos) varones adultos (datos de 1995). En el caso de los negros entre 18-29 años un tercio está sometido al control penal, penitenciario o extrapenitenciario. En muchos Estados el número de negros y latinos encarcelados es superior al número de ellos inscritos en las universidades públicas. Con todo, es significativo que si entre 1980 y 1996 el número de reclusos negros se incrementó en un 261% en EE.UU., el de latinos creció un 554% en el mismo período. Sobre todos estos datos, vid. CHRISTIE, N., *La industria...* cit., pp. 127 y ss.; "Éléments..." cit., pp. 73 y s.; DE GIORGI, A., *Zero...* cit., p. 76; «Guerra Imperiale e controllo metropolitano», en AA.VV., *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali*, Manifestolibri, Roma, 2002, p. 31; MATTHEWS, R., "Reflexiones..." cit., p. 94; WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 93 y ss.

Esta red de control se complementa, como recuerda WACQUANT, L., "L'Ascension..." cit., p. 16; *Las cárceles...* cit., pp. 83 y s., con el hecho de que las fichas policiales de control de sujetos supuestamente peligrosos alcanza en el momento actual a 30 millones de individuos, en bases de datos que pueden ser consultadas no sólo por organismos públicos de persecución penal, sino también por los servicios sociales y por determinados organismos privados. Algunos Estados han dispuesto incluso el libre acceso, vía internet, a tales datos. La última innovación, impulsada a fines de 1998, es la complementación de los datos de estos ficheros con el fichaje genético de los incluidos en ellos.

A mayor abundamiento, hay que añadir que, como recuerda WACQUANT, L., "Penalización..." cit., p. 65, por la extensión de la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio activo, a fines de los años 90 4'2 millones de ciudadanos estadounidenses (casi el 2% de la población) estaban privados de derecho al voto a perpetuidad, por encontrarse encarcelados o por haberlo estado.

39 Cfr. MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., pp. 82 y ss., y p. 96, quien, por ello, más que de "bifurcación", prefiere hablar de "transcarcelación".

Si bien, como se ha apuntado, la hipertrofia del sistema penal y su centralidad en el nuevo modelo de Estado postfordista son fenómenos especialmente evidentes en EE.UU., la UE no ha sido inmune a todo este proceso, sobre todo en la etapa más reciente. Con todo, no cabe sino constatar que el modelo descrito no ha alcanzado en los países de la UE los niveles de articulación y perfección que se conocen en EE.UU., y ello no sólo porque la parte punitiva del Estado postfordista no se ha desarrollado en la misma medida, sino también porque el adelgazamiento de la intervención keynesiana no ha alcanzado tampoco los mismos grados. En definitiva, las instituciones del Estado del bienestar, y las del bienestar penal, todavía tienen influencia notable sobre las sociedades de la UE[40].

Aun con esta salvedad, el crecimiento sostenido de los índices de encarcelamiento es también una constante en la mayor parte de los Estados de la UE desde mediados de los'80, señaladamente en España[41], donde se da con especial intensidad en los primeros años de este tercer milenio[42]. A ello ha de añadirse —igual que en el caso estadounidense— el fenómeno creciente del internamiento de migrantes irregulares en centros de detención de limitada cobertura jurídico-constitucional, por el hecho de incumplir los requisitos para el ingreso y estancia en los países de la UE[43].

---

40 Sobre la permanencia de los residuos de la política criminal de la etapa anterior cfr. GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 167 y ss.

41 Junto a España, los Países Bajos y Portugal han sido los territorios en los que la población penitenciaria ha experimentado un mayor crecimiento en las dos últimas décadas. No obstante, este incremento de los índices prisionales no es una realidad común a todos los Estados, sino que Alemania, Austria y —sobre todo— Finlandia han logrado reducir en ese período sus poblaciones penitenciarias, en gran medida mediante el sometimiento de la clientela penal a sanciones extrapenitenciarias. Sobre todo ello, cfr. WACQUANT, L., "La tentation... cit., pp. 3 y 6; *Las cárceles...* cit., pp. 102, 106, y 154 y s.; CHRISTIE, N., «Éléments... cit., pp. 68 y s., y 72 y s.; LARRAURI, E., "Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis", en AA.VV., *La Criminología aplicada II*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 81 y ss. A efectos de comprobar la evolución, son dignas de consulta las estadísticas, algo más antiguas, suministradas por CHRISTIE, N., *La industria...* cit., pp. 37 y ss., y 49 y ss.

42 A fines de 2001 se encontraban en los establecimientos penitenciarios españoles 47.521 reclusos; a fines de 2002 el número había ascendido a 51.178, un 7'7% más; los datos a 28/XI/2003 hablan de 56.377 reclusos, es decir, un incremento del 10'2% en el plazo de 11 meses.

43 Cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 112 y s. La proliferación de estos centros de internamiento para migrantes (simbólicamente conocidos en Italia

De un modo similar a lo que sucede en EE.UU., el incremento de las poblaciones penitenciarias en Europa parece responder más a los modos renovados de gestión del deterioro de la situación social y de la emergencia de la exclusión social[44] que a un proporcional incremento de la criminalidad que, como apuntan los estudios especializados[45], no ha seguido una evolución similar.

La superpoblación penitenciaria, derivada de la falta de proporción entre incremento de los índices prisionales y crecimiento de la inversión penitenciaria, tanto en EE.UU. como en diversos Estados de la UE ha venido produciendo, entre sus efectos más destacables, la degradación de las condiciones de encarcelamiento[46] y el abandono práctico de los discursos resocializadores[47].

---

como centros-*lager*) es una realidad que surge con intensidad en todos los países de la UE desde inicios de los'90, con la intención de gestionar los procedimientos formales de interceptación y expulsión de los migrantes irregulares. Para un estudio de esta instituciones, desde la realidad —normativa y fáctica— española, vid. SILVEIRA GORSKI, H. C., «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho», *Mientras Tanto*, n.º 83, 2002, pp. 93 y ss.

44 Cfr., sobre ello, DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 89.

45 En el sentido de falta de correspondencia, y proporción, entre incremento de la criminalidad e incremento de la población reclusa apuntan todos los estudios específicos. Vid., en este sentido, CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 41 y s.; LARRAURI, E., "Relación... cit., pp. 86 y ss.; SNACKEN, S., "Analyse des mécanismes de la surpopulation pénitentiaire", en AA.VV., *La surpopulation pénitentiaire en Europe. Prison Overcrowding in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 11 y ss. Vid. asimismo las estadísticas sobre índices de criminalidad que aporta GARLAND, D., *The Culture*... cit., p. 208.

46 Cfr. SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000, pp. 152 y s.; WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., pp. 10 y s.
La superpoblación penitenciaria es una realidad especialmente lacerante en Italia, Portugal y Bélgica (vid., sobre ello, los datos aportados por WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 117 y s.). Con todo, también en España, a pesar de la renovación de los inmuebles penitenciarios acometida en el pasado decenio, la superpoblación carcelaria constituye un fenómeno cada vez más preocupante, como consecuencia del incremento sostenido de los reclusos, y a la espera de la concreción de los planes de construcción de nuevos centros anunciados por el Gobierno central. Si bien los datos difieren en función de las fuentes, para el sindicato ACAIP las penitenciarías españolas se encontraban a fines de 2002 en un nivel de ocupación del 155% de su capacidad operativa normal, cifra que la Administración rebaja al 110%. Sobre la situación de superpoblación en las prisiones estadounidenses, vid. WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., pp. 10 y s. Sobre las consecuencias de la superpoblación penitenciaria en las condiciones de vida reclusa vid. los diferentes trabajos del volumen AA.VV., *La surpopulation... passim*.

1.2. El incremento del peso del sector policial y penitenciario en el seno de la Administración

Como consecuencia de la expansión desmesurada del sistema penal, así como del incremento emergente de la sensación social de inseguridad, los Estados occidentales —sobre todo EE.UU.—, se han visto, o se están viendo, obligados a incrementar notablemente los recursos materiales y humanos destinados a estas labores, tanto en materia policial como penitenciaria[48].

Quizás lo más significativo de este hecho es que el peso de los sectores del control social formal en la estructura presupuestaria no sólo crece debido a su incremento nominal[49], sino también al contexto socioeconómico en el que se desarrolla. En efecto, este fenómeno se produce durante la etapa de ortodoxia neoliberal en materia socioeconómica, en la cual, paradójicamente, se postula la idea del Estado mínimo. Este proceso se enmarca en una etapa de moderación de la presión fiscal, de abandono de la esfera económica por parte del Estado, de contención del gasto público[50], incluso de recorte del gasto en

---

Para un estudio más en profundidad de la realidad penitenciaria española, sigue resultando adecuado remitirse a ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, Fundamentos, Madrid, 1999, *passim*; RÍOS MARTÍN, J. C./ CABRERA CABRERA, P. J., *Mil Voces Presas*, Univ. Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, *passim*.

47 Cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 121 y s.

48 Cfr. WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., pp. 17 y ss.; *Las cárceles*... cit., pp. 86 y ss. Puede resultar de interés poner de manifiesto que este incremento de recursos se produce, durante buena parte de las dos últimas décadas, a un ritmo mucho mayor que la evolución experimentada por los gastos militares, en una etapa donde el desarme y la gestión no bélica de los conflictos (las sedicentes "*intervenciones humanitarias*", tan frecuentes en los años'90) continuaban siendo ideas fuerza en la política internacional. En el pasado más inmediato, gastos de control social y gastos militares experimentan el mismo proceso de crecimiento, en una muestra gráfica de las dos vertientes de lo que se ha venido denominando la *era de la Guerra Global Permanente*. Buena muestra de ello es la información, aparecida en los medios de comunicación en los primeros días de 2004, según la cual el gasto militar mundial se ha incrementado, en los poco más de dos años transcurridos desde el 11-S, en 64.000 millones de dólares, según datos del FMI.

49 Datos sobre el incremento de los medios financieros y humanos en el sistema penal estadounidense pueden consultarse en WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., p. 18.

50 Para un análisis de la relación entre la ortodoxia neoliberal en materia económica —en particular la contracción del gasto público— y la crisis del ideal reintegrador en el sistema penal, cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 29 y s.

educación, sanidad y servicios sociales[51]. Ello supone *de facto* un progresivo trasvase de recursos públicos del ámbito de la asistencia y el bienestar social al del control.

Mas este trasvase de recursos no resulta suficiente para afrontar las necesidades financieras del nuevo sistema del control social formal hipertrofiado, en un contexto de crecimiento sostenido de las demandas ciudadanas de seguridad y, al tiempo, de falta de disponibilidad de esos mismos sectores ciudadanos a incrementar los niveles de presión fiscal. Por ello, como se analiza a continuación, y en un contexto de ortodoxia neoliberal, emerge con especial intensidad en las últimas décadas el fenómeno de la privatización, tanto de la reclusión penitenciaria cuanto de los dispositivos y medios personales de vigilancia —la seguridad privada—. Empero, se recurre igualmente a otras medidas de reducción de costes, ya desarrolladas con amplitud en la realidad penitenciaria estadounidense, como las siguientes[52]: a) disminuir el nivel de vida y los servicios prestados en sede penitenciaria, en particular en materia de educación, deporte y actividades de reinserción[53]; b) implementar las innovaciones tecnológicas en materia audiovisual e informática, para mejorar la productividad de los mecanismos de vigilancia; c) transferir parte de los costes del encarcelamiento a los presos y a sus familias, sobre todo en el cobro de todo género de servicios —incluidas las

---

51 Como dato, WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., p. 21; *Las cárceles*... cit., pp. 87 y s., apunta que en EE.UU. en el período 1976-1989, los créditos penitenciarios crecieron un 95%, mientras que los de los hospitales se estancaron, los de la educación secundaria descendieron un 2% y los de la asistencia social descendieron un 41%. Cfr. asimismo DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 82; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., p. 158.

52 Cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 88 y s.; "L'Ascension... cit., pp. 23 y ss., quien subraya que estas medidas ponen de manifiesto el abandono *de facto* de los objetivos reintegradores. Por otra parte, el autor las relaciona igualmente con la intención de mantener las condiciones de encarcelamiento en un nivel inferior al de la vida de los sectores más depauperados de la población.

53 Todo ello se ve acompañado por la introducción de todo un género de medidas humillantes que pretenden la estigmatización del recluso, así como la recuperación de la expresividad punitiva de las sanciones: los castigos corporales, los grilletes, los uniformes, los cortes de pelo *al cero*, la supresión de café, cigarrillos, revistas pornográficas, instrumentos de musculación y deporte, etc. Cfr. MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., p. 77; WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., pp. 25 y s.; *Las cárceles*... cit., pp. 88 y s. (n. 18); «Penalización... cit., p. 65; GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 9 y 181.

comidas—; d) reintroducir masivamente el trabajo no cualificado en las cárceles, mediante convenios con grandes empresas o sus subcontratistas[54].

Todo este descomunal incremento del sector de gestión del control social (formal) genera el riesgo, ya actual en EE.UU., de conformación de un verdadero *lobby* de la seguridad pública, formado por las diversas Administraciones penitenciarias, por los sindicatos de policía, por los funcionarios de prisiones y por las empresas dedicadas a la denominada *industria de control del delito*[55], es decir a los negocios penitenciario y de la seguridad privada. Este grupo de presión emergente tiene capacidad, como ya se ha demostrado en EE.UU., para condicionar efectivamente la política penal institucional, en una tendencia favorable a su expansión[56].

1.3. El relanzamiento de la industria —privada— de control del delito

En una época de privatización de las labores desarrolladas por el Estado durante la etapa del *Welfare State*, el control del delito no podía ser una excepción, aunque este proceso "*externalizador*", incidiendo sobre una de las labores nucleares de la institución estatal, una de las

---

[54] Con todo, como recuerda MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., p. 91, el relanzamiento del trabajo en la prisión cumple múltiples funciones: además de tornar industriosas las prisiones —lo que puede ser valorado por el público—, permite enseñar ciertas habilidades a los reclusos y, sobre todo, garantiza que estén ocupados y bajo control. Para un análisis del trabajo penitenciario en el ámbito norteamericano, presentado como un antecedente del fenómeno de la privatización de las prisiones, vid. SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., pp. 108 y ss.

[55] Para un análisis de la emergencia de una verdadera industria de control del delito, además de lo que se afirma a continuación en el texto, vid., por todos, CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 101 y ss.; MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., pp. 90 y ss.

[56] Cfr., sobre ello, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., pp. 267 y ss.; WACQUANT, L., «Penalización... cit., p. 64. En España, aun no siendo la hipertrofia de este sector de la Administración tan notable, las estadísticas ponen de manifiesto que los miembros de las fuerzas policiales ascienden (en 2002) a 185.000 personas, es decir, 462 agentes por cada 100.000 habitantes, una *ratio* que en la UE sólo se ve superada por el Ulster (520 por cada 100.000), pero rebasa a los demás países, a distancia de Grecia (383/100.000), Austria (367/100.000) y Francia (349/100.000). Los datos obtenidos sobre el volumen del personal penitenciario ponen de manifiesto la existencia (en 2002) de 17.800 empleados en el marco de la Administración General del Estado (todas las CC.AA., salvo Cataluña).

que en mayor medida han definido su sentido y la han legitimado en su desarrollo posterior a la Revolución Francesa, ha tenido mucha menor intensidad que el veloz procedimiento privatizador aplicado a diversas áreas de intervención del Estado en el ámbito socioeconómico. Con todo, como se ha apuntado con anterioridad, en la fase actual inciden en este proceso privatizador de los dispositivos de control del delito tanto la dinámica de contracción del gasto público, cuanto la hipertrofia de los sectores policial y penitenciario, y las crecientes necesidades financieras que ello lleva aparejado[57].

En primer lugar, se relanza en las dos últimas décadas la industria penitenciaria privada, impulsada desde EE.UU., incorporada en la UE a través del Reino Unido[58] y con incidencia ya en diversos países —sobre todo en materia de control penal de menores[59]—, si bien desigual y mucho más limitada que en el caso anglosajón[60]. En el caso de EE.UU., en 2001 poco más de 10 empresas penitenciarias[61] albergaban en

---

57 Cfr., sobre la influencia de estos factores en el proceso de privatización CASTILLO, J., «La privatización de las prisiones como debate para España», *Panóptico*, n.º 4, 2002, p. 55; CHRISTIE, N., *La industria...* cit., pp. 106 y s.; GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 116 y s.; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones...* cit., pp. 153 y ss., —extensamente— 165 y ss., y 326 y ss.

58 A comienzos del tercer milenio hay en el Reino Unido 16 prisiones privadas, que albergan a algo más de 7000 reclusos, casi el 10% de la población penitenciaria británica. En este país los programas de prisiones privadas han comenzado en 1991. Sobre ello, cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles...* cit., pp. 139 y ss. Vid. también, ampliamente, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones...* cit., pp. 177 y ss. (y 184 y ss., para la situación en otros países de la UE).

59 Como recuerdan CASTILLO, J., «La privatización... cit., pp. 54 y s.; WACQUANT, L., "La tentation... cit., p. 5, en los países de la UE los primeros ámbitos a través de los cuales se introdujo el mercado en el mundo prisional fueron los centros de internamiento para menores, los centros de detención para migrantes y los programas de tratamiento (sobre todo de deshabituación de drogadicciones).

60 En este sentido, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones...* cit., pp. 207 y ss., hace un estudio sobre la situación en España, centrado fundamentalmente en el fenómeno de la participación de organizaciones privadas en el desarrollo de programas de tratamiento intra o extrapenitenciarios, y destacando que el fenómeno privatizador es todavía incipiente —en la ejecución del sistema penal de adultos— en el contexto de nuestro país.

61 Varias de ellas cotizan exitosamente en bolsa, integradas en el índice NASDAQ, la más conocida e importante de las cuales es *Corrections Corporation of America*, que controla la mitad del negocio privado de las prisiones en EE.UU., mientras que el 25% está controlado por la *Wackenut Corporation*, según datos suministrados por MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., p. 91; WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., p.

prisiones privadas a un número —estimado— de 276.000 presos (12% del total), en una evolución constantemente creciente[62]. La gama de modalidades privatizadoras es amplia, pues va desde la financiación y construcción privada de los establecimientos penitenciarios, a la integración de la industria privada en el mundo prisional —por medio del trabajo penitenciario— a, en fin, la administración y gestión integral de un establecimiento penitenciario por parte de un contratista privado[63].

El efecto fundamental de la introducción del criterio del beneficio privado en la gestión penitenciaria ha sido la práctica desaparición de los programas rehabilitadores en las prisiones privadas[64], que se ha visto acompañado incluso por una reducción del personal de vigilancia, sustituido por mecanismos telemáticos de control[65].

En segundo lugar, en el relanzamiento de la industria privada de control del delito influye, todavía en mayor medida[66], el desarrollo de la seguridad privada[67].

Diversos fenómenos, vinculados a la redefinición contemporánea de la seguridad como bien social, y a sus mecanismos de distribución,

---

23. Cfr. asimismo, sobre ello, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., pp. 163 y ss., y 270 y ss.

62 Cfr. CASTILLO, J., «La privatización... cit., p. 51; WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., p. 23; *Las cárceles*... cit., p. 90. En EE.UU. las prisiones privadas, en su modalidad contemporánea, surgieron en 1983.

63 Cfr. CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 101 y ss.; GARLAND, D., *The Culture*... cit., p. 116; WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., p. 24; *Las cárceles*... cit., p. 90. Cfr. asimismo SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., pp. 158 y ss., analizándolo también en el contexto más amplio de los diversos mecanismos privatizadores del sistema de justicia penal.

64 No obstante, seguramente no es inadecuado entender que el abandono del ideal resocializador es tanto consecuencia, como causa, de la expansión del mercado al ámbito de la ejecución penitenciaria, ya que la privatización también obedece a la subordinación de la finalidad reintegradora a consideraciones economicistas de ahorro de costes. Sobre ello, cfr. CASTILLO, J., «La privatización... cit., p. 54.

65 Cfr. MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., pp. 91 y 96.

66 Como evidencia del protagonismo de la seguridad en la industria del control del delito puede apuntarse que, según las estimaciones de SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., pp. 125 y s., en el año 2000 en EE.UU. el personal de seguridad privada cuadruplicaba a los cuerpos públicos de policía (vid., sobre el volumen de las fuerzas policiales en EE.UU., WACQUANT, L., "L'Ascension... cit., p. 18). Cfr. asimismo, sobre ello, CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 112 y s.

67 Cfr., sobre ello, CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 111 y ss.; GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 17 y s., y 160 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 34 y s.

influyen en el desarrollo de la industria de la seguridad privada. Por una parte, la alarma social y el crecimiento de la sensación social de inseguridad. Por otra parte, la segregación de los espacios urbanos en la reordenación presente de la ciudad. Y, en fin, la difusión capilar de multitud de dispositivos de vigilancia y control en los espacios públicos; lo que, por cierto, responde a —al tiempo que contribuye a— la transformación de los espacios públicos en espacios crecientemente privatizados.

Con independencia de la mera constatación del fenómeno, parece procedente interpretar esta emergencia de la seguridad privada como industria como un abandono efectivo del paradigma según el cual la seguridad como bien debe ser garantizada y distribuida exclusiva o fundamentalmente por el Estado. Ello se deriva de una suerte de toma de conciencia por parte del Estado de su incapacidad para garantizar efectivamente la seguridad al interior de sus fronteras, lo que, por cierto, *supone la quiebra de uno de los mitos fundantes de la soberanía* moderna, que se manifiesta precisamente en el momento en que la legitimidad soberana del Estado-nación se ve cuestionada por todo un cúmulo de factores de largo alcance[68]. En este contexto, se produce una derivación de la responsabilidad en la garantía de la seguridad hacia el conjunto de la ciudadanía organizada —propietarios, vecinos, empresarios, autoridades escolares, responsables del transporte público, padres, etc.—[69], de modo que en la emergencia del mercado de la seguridad privada puede acabar percibiéndose una cierta escisión entre dos ámbitos de intervención: por una parte, la sanción de los criminales, que continúa siendo en líneas generales una competencia estatal, y, por otra parte, el control del crimen, que aparece cada vez más como una labor con una responsabilidad compartida entre diversos actores sociales[70].

Por otra parte, es igualmente inevitable poner de manifiesto que la atribución al mercado de buena parte de los mecanismos de distribución

---

[68] Cfr. GARLAND, D., "Les contradictions... cit., p. 53; *The Culture*... cit., pp. 108 y ss.; RECASENS I BRUNET, A., "La seguridad, el sistema de justicia criminal y la policía", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema*... cit., p. 309; PAVARINI, M., "Controlling... cit., pp. 79 y s.

[69] Cfr. GARLAND, D., "Les contradictions... cit., p. 57, n. 21, y p. 59; GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 119, y 124 y ss., y 161 —estrategia que el autor relaciona con el concepto de *gubernamentalidad* en el pensamiento de FOUCAULT—.

[70] Cfr. GARLAND, D., *The Culture*... cit., p. 120.

del bien seguridad, va a generar desigualdades, individuales y sociales, en su acceso y disfrute[71].

Efecto de la expansión del mercado al ámbito de la provisión de seguridad ha sido igualmente, como constatan diversos analistas[72], una importante mutación en la aproximación al control del crimen, al promocionarse nuevos intereses de beneficio privado, y al facilitarse sobremanera la expansión de los dispositivos de control, de acuerdo con la inherente tendencia empresarial a la acumulación.

2. *Readaptación de las funciones del sistema penal en las sociedades contemporáneas*

Las mutaciones experimentadas, en el plano de la arquitectura institucional, por las instancias de control social formal, señaladamente por las del sistema penal, se ven también condicionadas por la propia readaptación de las funciones asignadas a estas instancias en el modelo de Estado emergente, así como en la mutación de las relaciones sociales desarrollada en el marco de la globalización neoliberal.

La comprensión de esta realidad compleja puede contextualizarse mediante la referencia a varios fenómenos: la creciente sensación social de inseguridad y su gestión institucional, la construcción social de los "*enemigos internos*" y la nueva función del control social formal en el gobierno de la exclusión social.

2.1. La emergencia de la sensación social de inseguridad y su gestión institucional

El relanzamiento de una línea *dura* (de mayor punitividad objetiva) en materia de control social formal constituye un mecanismo de gestión ciudadana e institucional de la emergencia de la sensación social de inseguridad. En efecto, este modo de gestión, sintetizado en retóricas

---

71 Cfr. CHRISTIE, N., *La industria*... cit., p. 115; GARLAND, D., "Les contradictions... cit., pp. 64 y s.; *The Culture*... cit., p. 117; PAVARINI, M., "Controlling... cit., p. 80; SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., p. 125.

72 Cfr. GARLAND, D., *The Culture*... cit., p. 117; CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 116 y ss.; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., pp. 259 y ss., 265 y ss., y 274 y ss.

discursivas como las del "*Law and Order*" o de la "*Tolerancia Cero*"[73], presentado como el antídoto más fácil contra la emergencia de esa alarma social, supone una sumisión a los dictados de la gramática presente de los medios de comunicación[74], al tiempo que genera unos

---

[73] No obstante, como recuerda MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., p. 78, no es infrecuente —al menos en la UE— que los responsables políticos que preconizan en su retórica discursos como el del "*Law and order*", acaben impulsando el relanzamiento de la penalidad no privativa de libertad, entre otras razones, por los costes financieros de las medidas prisionales.

[74] La cuestión de las relaciones entre la construcción mediática de la realidad y la sensación de inseguridad social es compleja, y merecería un estudio propio. Con todo, puede resultar de interés avanzar algunas líneas de interpretación de esta materia.

Las tácticas comunicativas de análisis y presentación de la conflictividad social se retroalimentan, en la medida en que tienden a contraer el espacio de los términos de la discusión, por ejemplo reduciendo el concepto de inseguridad únicamente a la inseguridad ciudadana, amenazada exclusivamente por las violencias urbanas.

La cuestión de la representación mediática de los fenómenos de desviación/ criminalidad y de su control social es de gran importancia, pues condiciona sobremanera, en el contexto de la denominada *sociedad de la información*, la evolución de los fenómenos objeto de análisis. Los rasgos que presenta este modo de construcción social de la realidad, de creación social de significados en relación con tales fenómenos, pueden articularse en:

a) una narración dicotómica de la realidad, tendencialmente estructurada entre buenos y malos, el Bien y el Mal, que contribuye a solidificar los códigos valorativos del público, como verdadero mecanismo de cohesión (y control) social;

b) en esa línea, la representación de la realidad criminal a partir de una serie limitada de estereotipos de carácter acusadamente simplista, y de fácil consumo, que tienden a identificar como delincuencia sólo una parte mínima de los fenómenos de dañosidad social (en gran medida aquella parte más fácilmente presentable como espectáculo);

c) la sumisión de la representación mediática a los propios dictados de su gramática presente, como la rapidez, la simplificación, la dramatización, la proximidad o inmediatez, y la necesidad de presentar cada información como un hecho nuevo o sorprendente, lo que se puede evidenciar con claridad en las denominadas *olas artificiales* de criminalidad;

d) la generación de un efecto de amplificación de la alarma social en relación con la (determinada) criminalidad, incrementando el temor del ciudadano a ser víctima de los delitos hipervisibilizados.

Buena parte de estos rasgos, si bien provienen originalmente de los medios periodísticos, se ven aún acrecentados en el caso de la representación televisiva de la desviación/ criminalidad y del control social, por medio de ficciones criminales, de *reality shows* o de productos de *reporterismo* televisivo.

En todo caso, cabe destacar que no es asumible una interpretación en la línea de entender que los *media* son los que producen, de forma unilateral, los modos de

beneficios político-electorales inmediatos. En efecto, no resulta difícil constatar que las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad[75]. Mediante este proceder, el Estado reencuentra o, más bien, persigue la legitimación perdida como consecuencia de su retirada de los territorios de lo económico y de lo social[76].

La emergencia de la sensación social de inseguridad deriva de una multiplicidad de factores objetivos de riesgo, con independencia de que lo relevante en este punto no es tanto la existencia de esos factores objetivos, sino la percepción subjetiva de los mismos, que no guarda proporcionalidad con su entidad efectiva[77].

---

comprensión de los fenómenos de referencia, sino que se da una interacción entre *media*, instancias de persecución (fundamentalmente la policía), instituciones, y público, en la que todos los actores tienden a modular la comprensión global, reforzando los puntos de vista colectivos. En este sentido, es especialmente evidente la dependencia mediática de las instituciones policiales como fuente de información. Sobre todo ello, cfr. BARATA, F., "Los mass media y el pensamiento criminológico", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema...* cit., pp. 504 y ss.; GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 152 y ss., y 157 y s.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...* cit., pp. 37 y ss.

75 Cfr. GARLAND, D., "Les contradictions... cit., p. 61; *The Culture...* cit., pp. 13 y s., y 172 y s. —quien inscribe en este proceso de "politización" (en sentido electoral) del debate penal la dinámica de reapropiación por parte de los cargos institucionales del diseño de la política penal, tradicionalmente delegada en instancias técnicas—; PAVARINI, M., "Controlling... cit., p. 80.

La referencia electoral en este punto tiene sentido para los procesos electivos a cargos del poder legislativo o del poder ejecutivo, pero también del judicial, en aquellos países que, como EE.UU., desarrollan tal procedimiento de selección.

76 Podría interpretarse esta búsqueda de legitimidad también en clave interna, como reforzamiento del sentido de la intervención estatal, como indagación de un nuevo sentido de la soberanía, en una era en la que la forma Estado pierde competencias (soberanía), de modo muy relevante, a favor del mercado y de los actores, públicos y privados, de carácter supranacional, y en la que se encuentra con dificultades cada vez mayores para gobernar sociedades crecientemente complejas.

77 Cfr., en esta línea, BECK, U., «El mundo después del 11-S», *El País*, 19/X/2001; PAVARINI, M., "Controlling... cit., pp. 79 y 81; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...* cit., p. 32. Esta falta de correlación percepción subjetiva-entidad objetiva se da también con el temor —subjetivo— al delito, que no necesariamente guarda relación con el índice de criminalidad o de victimización. Sobre ello, cfr. GARLAND, D., *The Culture...* cit., p. 122.

No es el menor de tales factores de riesgo el del declive del pensamiento keynesiano y del Estado del Bienestar, que ha generado un deterioro de las condiciones de vida de importantes segmentos sociales y el incremento de la desigualdad. Consecuencia fundamental de la reestructuración contemporánea del sistema socioeconómico es la emergencia de la precariedad, que partiendo de la condición del sujeto en el ámbito económico, acaba impregnando en mayor o menor medida todos los mundos de vida, incrementando de forma muy notable las sensaciones individual y social de inseguridad[78]. Todo ello se ve acompañado por un mutación de los códigos axiológicos sociales, en los que emerge con fuerza el individualismo, la moral del éxito (y del fracaso), y la competitividad darwinista.

Sin embargo, la emergencia de la sensación social de inseguridad obedece también a otro conjunto de factores ubicados más allá del plano estrictamente económico, que conforman, junto a esas realidades citadas, lo que BECK denomina el *futuro de inseguridad permanente*[79]. Entre ellos pueden citarse los bajos niveles de cohesión social y de solidaridad comunitaria derivados de la crisis de referentes identitarios como la nación, la familia, o la clase[80], así como de la intensificación del carácter multicultural de la sociedades occidentales contemporáneas (pérdida de identidad en lo local). Todo ello en el marco de una profunda reforma de las normas informales de comportamiento[81].

---

78 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 85. Cfr. asimismo PAVARINI, M., "Controlling... cit., p. 79.

79 Sobre el pensamiento de U. BECK en relación con esta materia sigue resultando de interés remitir a su libro, ya clásico, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*.

80 Cfr. MELOSSI, D., "State and Social Control à la Fin de Siècle: from the New World to the Constitution of the New Europe", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social*... cit., p. 67; BECK, U., *La sociedad*... cit., pp. 95 y ss. La crisis de la clase, o de la actividad laboral concreta, como referente se manifiesta en un momento en el que el trabajo pierde centralidad en la construcción de las identidades.

81 Si bien también esta cuestión merecería el abordaje de determinados debates que exceden el marco de estas páginas, no se renuncia a exponer algunas interpretaciones al respecto.

En líneas generales, parece darse una profunda liberalización de las normas de comportamiento social. Sin embargo, ello coexiste con una difusión menos evidente y subliminal de los controles, de los dispositivos de vigilancia, a lo largo de los diferentes espacios sociales —crecientemente privatizados— (cfr. GARLAND, D., "Lucha... cit., pp. 103 y ss.). En el fondo, en el plano retórico se difunde la imagen de que el disfrute de las mayores libertades de los más (o, cuando menos, de los

Junto a ello deben mencionarse otras realidades emergentes, como los riesgos de degradación medioambiental —significativamente los

---

acomodados en el sistema) requiere el mayor control —en la práctica, el recorte de derechos— de determinados sectores sociales, los excluidos de un sistema en el que cada vez más el paradigma del consumidor privado, y no el del ciudadano o el del trabajador, constituye el referente fundamental de socialización/ integración, de forma paralela a cómo el "centro comercial" y el "parque recreativo" son los espacios de la nueva ciudad (privatizada) en los que esa socialización prioritariamente se realiza. Cfr., sobre todo ello, SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., pp. 119 y ss.; GARLAND, D., "Les contradictions... cit., p. 52; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 59. Todo este planteamiento se despliega en el marco de la teorización del paso de la *sociedad disciplinaria* a la *sociedad de control*, y de la emergencia de una verdadera *biopolítica*, cada vez más relevante, tal y como ambas perspectivas han sido desarrolladas a partir de los estudios iniciales de FOUCAULT (fundamentalmente, los referentes al concepto de *gubernamentalidad*). Para una aproximación a esta línea de pensamiento teórico, puede verse HARDT, M./ NEGRI, A., *Imperio*... cit., pp. 37 y ss., y 302 y ss.; REVEL, J., «Controimpero e biopolitica», en AA.VV., *Controimpero*... cit., pp. 113 y ss. Desarrolla también su investigación en esta clave analítica DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 15 y ss. De hecho, un texto de este autor (p. 34) puede servir para ilustrar con claridad una de las vertientes más significativas de este paso de la *sociedad disciplinaria* a la *sociedad de control*: "*Asistimos así a una doble deslocalización de las funciones de control. Por una parte, el control deviene, en un cierto sentido, fin en sí mismo, autorreferencial: cuando menos en el sentido de que pierde cualquier caracterización disciplinaria, es decir, cesa de ser un instrumento de transformación de los sujetos. Por otra parte, se produce un traslado del control: este abandona la prisión como lugar específico, difundiéndose en el ambiente urbano y metropolitano. De este modo, a la prisión le resta sólo una función de neutralización respecto de sujetos particularmente peligrosos.*
Cada vez es menos posible individualizar y definir un lugar y un tiempo de la represión. El control y la vigilancia se extienden en modo difuso, a lo largo de líneas espacio-temporales que atraviesan los umbrales de las instituciones totales (prisión, manicomio, fábrica). Se despliegan sobre el espacio llano e indefinido de las metrópolis, nuevas ciudades-estado fortificadas, provistas de ejércitos de seguridad propios». No obstante, el autor matiza la aparente pérdida de centralidad de instituciones como la prisión en p. 48.
Esta última matización apunta en la línea de un debate abierto a partir de la teorización del paso de la *sociedad disciplinaria* a la *sociedad de control*. En este marco teórico, algunos autores, siguiendo la línea abierta por FOUCAULT, DELEUZE o, anteriormente, MARCUSE, han previsto la progresiva marginación de mecanismos de control social formal tan severos cuanto perceptibles, como la prisión, a favor de esa proliferación difusa de dispositivos de vigilancia, control y normalización menos perceptibles, que es lo que caracteriza —entre otras cuestiones— la *sociedad de control*. Otra línea de pensamiento considera, con razón, que extensión difusa de los controles y relanzamiento de los mecanismos más simbólicos, como la prisión, pueden ser dos dinámicas complementarias. Para una aproximación a este debate, vid. SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., pp. 126 y ss.; RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., pp. 157 y s.

nucleares—, los riesgos de tipo sanitario-alimentario (como los de contaminación, infecciones desconocidas, adulteración alimentaria, empleo de OGM, enfermedades animales de indeterminada difusión y consecuencias, etc.), los derivados de la alta siniestralidad (en materia de tráfico y laboral), los derivados de las patologías —físicas y psíquicas— del presente, entre las que se incluyen tanto las pandemias aún no superadas cuanto las perturbaciones novedosas (como las vinculadas al consumo y a la imagen, en particular la anorexia y la bulimia). No parece tampoco ajeno a todo ello la mutación del sentido de los espacios y de los tiempos (el fenómeno de la aceleración) que se ha producido como consecuencia de la revolución de los transportes y, sobre todo, de la más reciente revolución de las tecnologías de la información y la comunicación[82].

Frente a todo ello aparece o —mejor dicho— se construyen socialmente el control y la vigilancia como obsesiones[83], y la segregación (de grupos de riesgo), la fortificación y la exclusión como urgencias[84]. Todas ellas son las respuestas construidas al miedo, como sentimiento fundamental de comprensión de la realidad del presente[85]. Incluso, la nueva economía

---

82 Sobre todo ello, cfr. RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., pp. 151 y s.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...* cit., pp. 26 y ss., así como el lúcido artículo SUBIRATS, J., "¿De qué seguridad hablamos?", *El País*, 25/X/2002.

83 En la línea de la teorización de la *sociedad de control* recién expuesta, GARLAND, D., *The Culture...* cit., p. 162, recuerda que la difusión de la ideología de la *prevención situacional*, vinculada al crecimiento constante de la sensación social de inseguridad, ha llevado a la instalación de todo un conjunto capilar de barreras de acceso a los espacios más íntimos y privados, como la colocación de cierres de seguridad en puertas, de verjas en ventanas, de cámaras en los dispositivos de apertura de los accesos, de alarmas, o de radios extraíbles en los coches. Al mismo tiempo, han impuesto la adopción de todo un conjunto de pautas de conducta securitarias, especialmente difundidas en las sociedades americanas, como las rutinas de cierre de puertas y de encendido/ apagado de alarmas, de mantenimiento de las luces encendidas en casa al salir de noche, de limitación de la cantidad de dinero que se porta, de no apertura de las puertas a extraños, de renuncia al uso del transporte público, de evitación del aparcamiento en zonas no vigiladas, de abandono de las calles y parques al anochecer, de renuncia a la asistencia a espectáculos en determinadas zonas de la ciudad, de transporte personal de los hijos a la escuela o a los lugares de ocio o, sobre todo en el caso de EE.UU., de posesión de armas de fuego en el domicilio.

84 Cfr. GARLAND, D., "Lucha... cit., p. 102. Cfr. asimismo SUBIRATS, J., "¿De qué seguridad... cit.

85 Cfr. RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., p. 152. Con lucidez, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...* cit., p. 32, otorga a la sociedad presente el apelativo de la "*sociedad de la "inseguridad sentida" (o del miedo)*".

del control social contribuye tanto a gestionar como a crear el miedo, la alarma social, fenómeno que en sí mismo supone control, desactivación del potencial disenso[86].

En esa situación de inseguridad permanente, la hipervisibilización y la simplista construcción mediática de determinados factores de inseguridad, tienden a identificar la sensación de inseguridad, de forma unidimensional, con la inseguridad ciudadana[87]. En este sentido, la gestión estatal de esa inseguridad, mediante la oferta de endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social (la construcción del imaginario social punitivo), cumple —al margen de las interpretaciones ya apuntadas— una función de cohesión social, que tiende a ocultar o, cuando menos, a rebajar la conflictividad derivada de todo un conjunto de otros factores de inseguridad social[88].

2.2. La gestión actuarial del sistema de control social formal y la construcción del "enemigo interno"

Si se procede a una revisión de las estadísticas de la clientela penitenciaria, se evidencia que los índices de situaciones como la carencia de educación reglada, la carencia de trabajo, la carencia de vivienda habitual, la toxicomanía, o la condición de migrante, son muy superiores entre los reclusos que entre el conjunto de la población general[89]. La razón de esta circunstancia no ha de buscarse en una especial proclividad al delito de estos sujetos sociales, como resultaría

---

86 Cfr. MELOSSI, D., "State... cit., pp. 66 y s.

87 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 99.
Es significativo que todas los sondeos publicados por el CIS en relación con los principales problemas existentes en España ubican de forma permanente en los primeros lugares temáticas que directa o indirectamente remiten a la idea de inseguridad ciudadana. Como ejemplo, el último sondeo al que se ha tenido acceso, dado a conocer e 24/XI/2003, coloca al terrorismo (42%) y a la propia inseguridad ciudadana (30%) sólo inmediatamente después del paro (62'5%) en la percepción de los problemas principales.

88 Sobre las potencialidades del sistema penal para generar consenso y cohesión social, así como sobre la legitimación que ello construye, vid. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 89 y ss. Para un análisis más general sobre las dificultades para generar cohesión social en las sociedades contemporáneas, y los mecanismos que la producen, vid. SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., pp. 119 y s.

89 Vid. al respecto RÍOS MARTÍN, J. C., "La cárcel: descripción de una realidad", *Panóptico*, n.º 1, 2001, pp. 38 y s., y 49 y s.

acorde a los discursos etiológicos de la Criminología clásica, sino, tanto o más que en ello, en el hecho de que ante una infracción igual, los sujetos que presentan estas características, por la operatividad de diversos mecanismos de selección, tienen unas posibilidades incomparablemente mayores de acabar conociendo todas las fases de la respuesta penal formal que aquellos que no las presentan. Esta circunstancia no hace sino reforzar la situación de exclusión social derivada de tales situaciones carenciales.

La sobrerrepresentación de este género de sujetos sociales en la clientela penal es en gran medida debida a la adopción de estrategias actuariales en la gestión institucional del control social[90], en una época en la que las necesidades de expansión del sistema, la contracción de los gastos públicos y la propia expansividad de la empresa como paradigma de sujeto colectivo[91], abonan el establecimiento de mecanismos de racionalización de los recursos, en la línea de la gestión por objetivos, y de la incorporación de ideas de eficiencia, ahorro o capacidad de previsión[92]. Del mismo modo en que el desarrollo de la industria de la seguridad privada deriva de la toma de conciencia de las limitaciones del Estado para seguir garantizando, en exclusiva, la seguridad pública, la implantación de estas estrategias actuariales trasluce una toma de conciencia por parte del poder público, en una *sociedad del riesgo*, de la imposibilidad de conjurar el riesgo, o incluso de reducirlo significativamente (es decir, de la necesidad de convivir con altas tasas de —determinada— criminalidad), de modo que se ponen en marcha mecanismos preordenados a su gestión eficiente y, en su caso, a su redistribución[93].

---

90 La tesis de la implantación de mecanismos de gestión actuarial en el sistema penal, como nota distintiva de la "*nueva penología*", es originariamente debida a los criminólogos M. FEELEY y J. SIMON (al respecto, puede cfr. el trabajo "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications", *Criminology*, n.º 4/1992, *passim*). Sobre la influencia de las ideas "*gerencialistas*" en otros ámbitos de evolución de la justicia penal distintos del plasmado en el texto, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...* cit., pp. 74 y ss.

91 Cfr., sobre ello, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 75.

92 No puede tampoco desconectarse la implantación de estas técnicas gerenciales de la emergencia de la eficacia como obsesión contemporánea del sistema penal, derivada de las demandas de seguridad del público.

93 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 41, y 44 y s.; GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 106 y ss.

En esta evolución inciden también la superación del modelo del Estado del Bienestar y, en consecuencia, del modo en que este esquema estatal gestionaba la lógica de funcionamiento del sistema penal, concretada en la ideología del tratamiento resocializador[94]. De esta manera, se produce una trascendental mutación en la perspectiva de aproximación a los destinatarios principales del sistema penal, que, de la atención a sujetos individuales por sus comportamientos propios, que son sancionados consecuencias jurídicas diseñadas en clave de reintegración social, pasa, gracias también a los avances en tecnologías de vigilancia, al control básicamente de concretos sujetos sociales, conceptuados como grupos de riesgo, frente a los cuales emerge la idea de la irrecuperabilidad y, en consecuencia, cada vez con mayor intensidad, la incapacitación o neutralización[95] como función básica del sistema de control[96].

Tanto para la perfección del funcionamiento de estos mecanismos actuariales, cuanto para la gestión de la sensación social de inseguridad, así como para el ajuste de la cohesión social, resulta funcional la construcción de "*enemigos internos*"[97], cuya identidad como sujetos sociales se ubique en el territorio confuso de la ilegalidad y la criminalidad, y los configure como una categoría de riesgo, de modo que

---

94 Sobre la conexión de realidades como la descarcelación y principios como el de resocialización con la era del *Welfare* y, por tanto, del Estado Social, vid., por todos, DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 24 y ss., y 87, quien resalta, por otra parte, la conexión del ideal resocializador con los discursos etiológicos en Criminología. Para un análisis en profundidad de las instituciones del Bienestar penal (*penal welfarism*), vid. GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 34 y ss.

95 Para una aproximación a la difusión de la ideología de la incapacitación, o neutralización, en el debate político-criminal en el mundo anglosajón —sobre todo en EE.UU.—, vid. GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 142 y ss. —haciendo referencia a su fácil acogida en el momento actual del debate público sobre la seguridad y las reacciones al crimen—; HARCOURT, B. E., "Desorden... cit., pp. 83 y ss. Cfr. asimismo DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 32 y s., y 95; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones*... cit., pp. 149 y s., n. 395.

96 Cfr., sobre todo ello, DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 15 y s., y 24 y ss. (en particular, pp. 36 y ss.), 81 y ss., y 95 y ss. —quien, a pesar de desarrollar ampliamente el estudio de los efectos de estas nuevas estrategias de gestión, considera que no explican por sí solas la evolución presente del sistema penal—; MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., pp. 85 y ss.; RODRÍGUEZ, E., "España... cit., pp. 111 y s.; WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 85. Cfr. asimismo GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 18 y s.

97 O "*enemigos apropiados (o cómodos)*", según la difundida expresión del criminólogo noruego N. CHRISTIE.

aparezcan como destinatarios privilegiados de las instancias de control social formal[98].

En relación con ello, en el último período emerge con fuerza, en todos los Estados de la UE, incluida España[99], y como había venido sucediendo ya en EE.UU.[100], la categoría del migrante como clientela prioritaria del entramado de control social formal[101], sustituyendo —o, si se quiere, acompañando— en este rol al drogodependiente (fundamentalmente heroinómano)[102].

---

98 Cfr. GARLAND, D., "Les contradictions... cit., pp. 63 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 59 y ss.; «Guerra... cit., pp. 28 y ss.; RODRÍGUEZ, E., "España... cit., pp. 112 y s. Cfr. asimismo PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre de 2001", *Mientras Tanto*, n.º 83, 2002, pp. 83 y s.; SUBIRATS, J., "¿De qué seguridad... cit.

99 Para ilustrar esta emergencia del migrante como categoría central del sistema de control social formal en la actualidad, resultan relevantes diversos datos. Especialmente reveladora podría resultar la consulta de los titulares del diario *El Mundo* (entre otros) del primer semestre de 2002 (en particular los de los días 11/II y 26/VI), etapa en la que el Gobierno central impulsó, con el esperado seguidismo mediático, la representación de una verdadera *ola artificial* de alarma social sobre la criminalidad de los migrantes. Pero no menos ilustrativo resulta conocer que en agosto de 2003 el número de reclusos extranjeros ascendía en España al 26% de la población carcelaria, siendo el colectivo más numeroso el de los marroquíes (casi 4000 reclusos, el 7% del total). Ello supone una sobrerrepresentación que multiplica por 4-6 veces (dependiendo de los datos poblacionales que se acojan) su peso demográfico en España. Igualmente significativo es el dato, aportado por el diario *El País* de 11/II/2002, según el cual el 46% de los presos preventivos son extranjeros.
Con todo, a pesar de esta elevada sobrerrepresentación, las estadísticas aportadas por WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 109, ponen de manifiesto que en 1997 España no era sino el 8.º país de la UE en porcentaje de extranjeros en prisión, lejos todavía de aquellos que encabezaban esta clasificación (Grecia con el 39%, Bélgica con el 38%, Alemania con el 34%).

100 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 66 y s.

101 Cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 108 y ss. Cfr. asimismo SUBIRATS, J., "¿De qué seguridad... cit.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 18 y ss., y 49 y ss.; «Guerra... cit., pp. 28, 32, y 36 y s. Todo lo que se plantea en el texto se refiere fundamentalmente al migrante irregular, si bien puede predicarse también, en forma más matizada, del migrante regular.

102 Sobre el protagonismo del drogodependiente en el conjunto de los destinatarios fundamentales del sistema penal durante las últimas décadas del s. XX—dentro del marco ideológico de la *Guerra contra las Drogas*—, y su relevancia en los parámetros de evolución del sistema, vid. RUGGIERO, V., *Crime*... cit., pp. 15 y ss.; CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 70 y ss.

El tránsito de estos sujetos entre el riesgo de exclusión social y el ingreso en las redes de control formal, y en el propio sistema penal, se debe prioritariamente al propio estatuto jurídico construido para el migrante irregular[103].

En efecto, su estatuto jurídico determina ya las condiciones de su exclusión, en tanto que categoría de no-ciudadano[104], al someterlo a tratamientos realmente excepcionales, como los rígidos controles fronterizos para impedir su entrada, la permanente restricción de derechos —ya en el plano normativo—[105], o la imposición de medidas penales-administrativas, como el internamiento y la expulsión[106].

Estas dos últimas instituciones jurídicas son las que más contribuyen a confundir, en la imagen social, las categorías de migración, ilegalidad y criminalidad.

En efecto, por una parte, la detención e internamiento en un centro para extranjeros consiste materialmente en una prisión preventiva, con las únicas diferencias de que dura un máximo de 40 días, pero, sobre todo, de que se trata de una privación de libertad sin delito, y sin resolución ni control judicial efectivo (puramente administrativa).

---

103 Cfr. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 49 y ss., y 70 y s.

104 O, incluso, de *no-persona*, ya que el migrante irregular es privado de buena parte de las atribuciones dimanantes del estatuto jurídico y moral de persona, de acuerdo con la difundida y argumentada teorización de DAL LAGO, A., «Personas y no-personas», en SILVEIRA GORSKI, H. C. (ed.), *Identidades comunitarias y Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 129 y ss.

105 La permanente restricción de derechos, y la propia precariedad de sus condiciones de estancia en el territorio, crean el contexto idóneo para una sobreexplotación de este sector de la fuerza de trabajo, en muchos casos con graves dificultades para lograr ocupación fuera del trabajo negro. Cfr., sobre ello, DAL LAGO, A., «Personas... cit., p. 142, n. 25; DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 54 y s.

106 Cfr., sobre ello, DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 73 y s.; MONCLÚS MASÓ, M., «La "gestión" penal de la inmigración: otra excepción al Estado de Derecho", *Panóptico*, n.º 3, 2002, pp. 177 y s., quien señala con acierto que en relación con el internamiento y la expulsión se da un verdadero "fraude de etiquetas", ya que son medidas que, por su sentido, gravedad y contenido, constituyen materialmente consecuencias jurídicas penales, que deberían subordinarse a las más estrictas reglas que disciplinan la exigencia de este género de responsabilidad. Un estudio más detenido de estas dos instituciones puede consultarse en SILVEIRA GORSKI, H. C., «Los Centros... cit., pp. 95 y ss.; "Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema...* cit., pp. 547 y ss.

En segundo lugar, la expulsión comparte una simbología común con las clásicas penas de deportación; sin embargo, y al margen de lo ya comentado en referencia al internamiento —del mismo modo que éste, se trata de una medida muy grave impuesta sin delito y sin resolución ni control judicial efectivo—, puede resultar para el migrante concreto una sanción más grave que la privación de libertad, ya que su vida o integridad física puede correr peligro en su país, y seguramente ha gastado buena parte de su fortuna en realizar el viaje migratorio[107]. Es más que probable que este género de dinámicas jurídicas de exclusión tiende a (co-)producir el fenómeno de la criminalidad de los migrantes[108].

Pero en la centralidad del migrante en el conjunto de sujetos sociales destinatarios del control formal coopera seguramente también el relanzamiento de la figura del gueto, como espacio de reclusión/exclusión urbana que emerge con fuerza en la redefinición contemporánea de la ordenación espacial de la ciudad. Correlato del gueto en este reordenación espacial urbana son las nuevas áreas residenciales, verdaderos espacios atrincherados, bunkers de delimitación fronteriza entre el mundo "exterior" y el "interior" y sus respectivos habitantes, fenómeno estrechamente vinculado con el mercado de la seguridad privada[109].

---

[107] Cfr. MONCLÚS MASÓ, M., «La "gestión"... cit., p. 177.
En el caso de la inmigración irregular, su centralidad en los procesos de evolución del sistema penal se refuerza también por su elevación al estatuto de problema básico de seguridad internacional, junto al terrorismo y al tráfico de drogas, lo que ha conducido, entre otras cosas, a presionar a los países de origen para que criminalicen directamente el mero intento de entrada irregular en la UE (caso de Marruecos), algo que resultaría inadmisible para los Estados europeos en relación con sus ciudadanos. Todo ello, en el plano de la UE, se relaciona con el establecimiento del sistema Schengen y con el SIS, sistema informático de control que lo acompaña. Más allá del fenómeno de los migrantes, este tipo de cooperación institucional supranacional se refuerza en la UE durante la última etapa mediante el impulso a los mecanismos de cooperación policial y judicial —señaladamente con la sustitución de los procedimientos de extradición por la nueva orden de detención y entrega europea (instituida por Decisión marco del Consejo de 13/VI/2002)—, con sus instancias comunitarias correspondientes (*Europol, Eurojust*). Cfr., sobre ello, DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 56 y ss.; WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 152 y s.; CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 76 y ss.

[108] Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 71 y 73; RODRÍGUEZ, E., "España... cit., p. 112.

[109] Cfr. GARLAND, D., *The Culture*... cit., p. 162, quien cifra en 20000 las urbanizaciones fortificadas que han surgido en EE.UU. en los últimos años. Para un análisis más amplio de esta realidad, integrada en lo que se ha denominado el proceso de conformación de la ciudad dual, conectado con fenómenos como la terciarización de

En el caso español, no parece aventurado estimar que en la profundización de la dinámica de segregación de los espacios urbanos, entre otros factores, está influyendo el acusado peso de la vivienda en el PIB y, sobre todo, en el consumo privado.

Un análisis más detenido evidencia que el migrante como categoría presenta diversos perfiles que permiten su fácil adaptación a la construcción del "*enemigo interno*". En primer lugar, como se ha apuntado, se trata de un sujeto social respecto del que los discursos políticos y mediáticos, y las prácticas administrativas y sociales, pueden confundir con relativa facilidad los conceptos de migración, ilegalidad y criminalidad. En segundo lugar, se trata de un sujeto de fácil estigmatización, en gran medida debido a los limitados vínculos sociales que posee con la población indígena. En tercer lugar, el migrante resulta un *enemigo*

---

los espacios urbanos, vid. FRAILE, P., "La organización del espacio y el control de los individuos", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema*... cit., pp. 198 y ss. Cfr. asimismo GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 162 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 34, y 46 y s.; «Guerra... cit., pp. 31 y s.; HARDT, M./ NEGRI, A., *Imperio*... cit., pp. 179 y 309; SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., pp. 124 y s. Quizás el teórico más conocido de las consecuencias securitarias de esta nueva ordenación espacial de la ciudad es el urbanista y sociólogo estadounidense M. DAVIS, de quien puede consultarse en español la obra *Control urbano: la ecología del miedo*, Virus, Barcelona, 2001, *passim*.

Por otra parte, en relación con la extensión difusa de todo género de dispositivos de vigilancia y control en esta nueva ordenación de la ciudad, cabe reparar en el ya mencionado paradigma del "centro comercial" y del "parque recreativo" como nuevos espacios prioritarios de socialización. Sobre ello, cfr. SCHEERER, S./ HESS, H., «Social... cit., pp. 121 y ss., quienes, con agudeza, observan: «*Los centros comerciales son un buen laboratorio para un nuevo sistema de control social, que funciona (...) mediante imperceptibles políticas del territorio (los centros comerciales están a una cierta distancia de la ciudad, a menudo prácticamente sin conexiones mediante el transporte público, lo que previene desde el principio el acceso de gente indeseada), arquitectura defendible y estéril, con estímulos del placer prefabricados (tecno-prevención discreta), y una atmósfera consensual...*». Cfr., en la misma línea, GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 160 y s., quien considera que es precisamente en estos espacios en donde se ubican algunas de las nuevas formas de afrontar los problemas relativos a la seguridad y al crimen.

Resulta también digno de mención que la perfección de estas dinámicas de segregación espacial, especialmente avanzadas en las megalópolis y metrópolis americanas, tiende a provocar que las víctimas de la criminalidad urbana pertenezcan a los mismos sujetos y grupos sociales que sus autores, como se han encargado de forma insistente de destacar los criminólogos británicos pertenecientes a la escuela denominada *Neorrealista*. Sobre ello, cfr. CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 115 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 79; MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., p. 93.

idóneo por su fácil identificación como el "*Otro*" —derivada de su acusada visibilidad social—, que se puede adaptar a la perfección a las narraciones simplistas de las dialécticas (de raigambre schmittiana) amigo-enemigo o bueno (el ciudadano que sólo es objeto de control por la comisión de infracciones de tráfico)-malo. En cuarto lugar, el migrante puede identificarse sin dificultad, por su otredad, como el responsable de buena parte de las causas más evidentes de la inseguridad presente[110].

La categoría del migrante permite ejemplificar de qué forma operan los mecanismos de selección que determinan que ante un mismo comportamiento ciertos sujetos sociales tengan muchas más posibilidades de ingresar en las redes del sistema penal que otros, en particular —en este caso— los ciudadanos indígenas[111]:

a) En primer lugar, la criminalidad propia de los migrantes está sobrerrepresentada en el conjunto de las estadísticas criminales, tanto por el destino prioritario de medios para su efectiva persecución, cuanto por las facilidades que presenta su descubrimiento, investigación y prueba;

b) en segundo lugar, los estereotipos policiales, y la fuerte visibilidad social de los migrantes, contribuyen a explicar la mayor tasa de descubrimiento de infracciones que la que se da en relación con otros sujetos sociales[112];

c) en tercer lugar, el migrante tiene muchas más posibilidades —como evidencian las estadísticas— que el infractor indígena de quedar sujeto a prisión provisional, por la escasa confianza que se proyecta sobre su contexto social (posible carencia de un domicilio fijo, trabajo precario, etc.)[113];

---

[110] Cfr., sobre ello, MELOSSI, D., "State... cit., p. 67; "Inmigración e inseguridad: una introducción", *Panóptico*, n.º 3, 2002, p. 162; SUBIRATS, J., "¿De qué seguridad... cit.

[111] Sobre ello, cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 71 y ss.; MONCLÚS MASÓ, M., «La "gestión"... cit., p. 176; PAVARINI, M., «La cárcel, racista?», *Panóptico*, n.º 3, 2002, pp. 169 y ss. Vid. asimismo WACQUANT, L., "La tentation... cit., p. 3; *Las cárceles*... cit., pp. 110 y s. Para un análisis sugerente del funcionamiento de estos mecanismos de selección/ discriminación en el caso de las mujeres migrantes vid. BODELÓN GONZÁLEZ, E., "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema*... cit., pp. 456 y ss.

[112] Cfr. PAVARINI, M., «La cárcel... cit., pp. 171 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 72.

[113] Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 71 y ss.; PAVARINI, M., «La cárcel... cit., pp. 170 y s., quienes sugieren con razón que seguramente la condición de migrante opera

d) en cuarto lugar, las mismas razones —en particular su precariedad laboral y la debilidad de sus lazos familiares—, dificultan el acceso, en las fases finales del cumplimiento de las sanciones de prisión, a la semilibertad o a la libertad condicional[114].

Todo ello, no obstante, no supone que el sujeto drogodependiente haya dejado de ocupar un lugar preferente en la población destinataria del sistema penal[115]. Más allá de la crisis de mortalidad derivada del SIDA[116], y más allá de modificación de las pautas de consumo de este género de sustancias, la población penitenciaria detenida por su relación con infracciones de drogas sigue superando un tercio de la población penitenciaria total cuando menos en España, Portugal e Italia[117], porcentaje que se incrementa en caso de incluirse también la pequeña delincuencia patrimonial vinculada a la toxicomanía[118].

---

también en sentido negativo (discriminatorio) a la hora de conceder medidas suspensivas o sustitutivas de la privación de libertad. Cfr. asimismo MONCLÚS MASÓ, M., «La "gestión"... cit., p. 176.

114 Vid., en este sentido, el diario *El País* de 23/IX/2002.

115 Cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 115 y s.

116 En relación con esta dolencia, no deja de ser oportuna la puntualización de RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., p. 156, quien destaca que su difusión en las prisiones, como punta del iceberg de la proliferación en este ámbito de todo un conjunto de patologías (de lo que es la expresión más evidente la elevada mortalidad penitenciaria), han incorporado rasgos de corporalidad en las penas privativas de libertad. Sobre ello, cfr., más ampliamente, RIVERA BEIRAS, I., "La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema*... cit., pp. 385 y ss. Sobre las deficientes condiciones sanitarias en las prisiones españolas, denunciadas incluso por los profesionales de la sanidad penitenciaria, vid. ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe*... cit., pp. 55 y ss., y 423 y ss.; RÍOS MARTÍN, J. C./ CABRERA CABRERA, P. J., *Mil*... cit., pp. 85 y ss., y 167 y ss.

117 Vid. las estadísticas suministradas por WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 116.

118 Los datos sobre la población toxicómana en las prisiones españolas resultan un tanto inciertos; sin embargo, parece razonable estimar que en la actualidad, y a pesar del ingreso masivo de los migrantes, dicho sector representa aproximadamente la mitad de los reclusos. El trabajo RÍOS MARTÍN, J. C./ CABRERA CABRERA, P. J., *Mil*... cit., p. 85, aporta el dato del 56% de toxicómanos entre los reclusos que participaron en su amplio muestreo, realizado en 1998, e informa de que un estudio de la propia Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas cifra tal índice en el 54%.

2.3. El rol del sistema penal en el nuevo gobierno de la exclusión social

La retirada del Estado del campo socioeconómico, junto a la contracción de su papel en la asistencia social, y la propia evolución del modelo socioeconómico, han contribuido a generar, como se ha reiterado, la proliferación cualitativa y cuantitativa de la exclusión social. Al mismo tiempo, el abandono del modelo keynesiano, junto a la aplicación a la producción de las innovaciones derivadas de la revolución tecnológica de las últimas décadas del s. XX, inauguran una era de desempleo estructural debido a la contracción de la demanda de fuerza de trabajo, cuando menos en los países del Centro del sistema socioeconómico. Respecto de estos fenómenos el Estado ha redefinido sus mecanismos de aproximación. En esta reformulación las instancias de control social formal y, más en concreto, el sistema penal, comienzan a jugar un rol relevante en la gestión de dichas realidades de exclusión[119], de modo que se configuran como una respuesta de ajuste estructural a las nuevas condiciones del conflicto y del bienestar social, en suma, del orden social. A ello contribuye también el hecho —ya mencionado— de que se esté produciendo un indirecto trasvase de recursos de los gastos sociales, y de los correspondientes a la asistencia social en particular, a los presupuestos de las instancias de control social.

En el nuevo escenario postfordista, y de la globalización neoliberal, el sistema penal debe adaptarse a la necesidad de gestionar mayores niveles de exclusión y de conflictividad social, lo que se afronta concentrando los recursos dedicados al control en la gestión de los sectores que sufren los efectos más perjudiciales del nuevo modelo socioeconómico. De la misma forma en que se constata la irreductible existencia del riesgo y la imposibilidad de garantizar por los medios clásicos la seguridad, el sistema penal del Estado contemporáneo funciona asumiendo la ineludible existencia de relevantes y sostenidos niveles de exclusión social, a los que se enfrenta con una intención de gestión, y ya no de superación mediante el ideal reintegrador[120].

---

[119] Cfr., sobre ello, CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 123 y s.; GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 196 y ss.; "Lucha... cit., pp. 101 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., pp. 86 y s.; WACQUANT, L., "La tentation... cit., pp. 3 y ss.; "L'Ascension... cit., p. 7; *Las cárceles*... cit., pp. 96 y ss., y 103 y ss.; «Penalización... cit., pp. 61 y ss.

[120] Cfr. DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 47. Cfr. asimismo, para un análisis más extenso de esta evolución, centrado en el ámbito anglosajón, GARLAND, D., *The Culture*... cit., pp. 53 y ss., y 175 y ss.

Esta readaptación contemporánea de las funciones contemporáneas del sistema penal ha de ser comprendida en el marco de la evolución de otros planteamientos y prácticas sociales. Por una parte, la asunción de este nuevo rol discurre paralela a la difusión de otra ideología socioeconómica: la que sostiene que los miembros de la *underclass* (infraclases), los excluidos del sistema, no deben ser objeto de la asistencia social, lo cual incentiva su parasitismo, sino que deben redescubrir las virtudes del trabajo, como mecanismo disciplinario para la gestión del orden social, lo que, paradójicamente, se produce en el momento en que la fuerza de trabajo pierde centralidad en el sistema productivo[121] y quiebra la ideología del trabajo como medio fundamental de consecución del éxito socioeconómico. Por otra parte, en el contexto de la promoción del individualismo competitivo, se refuerza un planteamiento de retorno de la responsabilidad individual y de culpabilización del excluido, que resulta responsable de su situación por su falta de esfuerzo, por su comportamiento (su "decisión" de no actuar de otro modo, de acuerdo con la retórica de la elección racional cara al neoliberalismo), en suma por su irresponsabilidad, e incluso por la permisividad del sistema[122].

La implantación de estos postulados ideológicos neoconservadores genera diversas consecuencias. En primer lugar, se produce la reforma de los sistemas de Seguridad y asistencia social, que en adelante vienen poniendo el acento en las obligaciones de los perceptores de ayudas sociales, cuyo cumplimiento se garantiza mediante la intensificación de los mecanismos de vigilancia y control[123]. Ello no es, en segundo lugar, sino una manifestación básica del paso del *Welfare* al *workfare*: la mutación del trabajo de un derecho que debe ser garantizado por el Estado en un deber que condiciona de forma ineludible la inclusión social, mediante la imposición final de la coacción del trabajo asalariado precario[124]. El discurso se proyecta sobre los grupos sociales que acumu-

---

[121] Sobre ello, puede remitirse, por todos, al conocido texto de RIFKIN, J., *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 1996, *passim*.

[122] Cfr. GARLAND, D., "Lucha... cit., pp. 104 y ss.; *The Culture*... cit., pp. 196 y ss.

[123] Cfr., sobre ello, GARLAND, D., "Lucha... cit., pp. 103 y ss.; *The Culture*... cit., pp. 174, y 196 y s.; WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 123 y ss., y 143 y ss. Cfr. asimismo CHRISTIE, N., *La industria*... cit., pp. 58 y ss.

[124] Cfr., sobre ello, WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., pp. 41 y ss.; GARLAND, D., "Lucha... cit., pp. 105 y s.; DE GIORGI, A., *Zero*... cit., p. 87; RODRÍGUEZ, E., "España... cit., pp. 110 y 113.

lan una doble característica: la de ser los principales destinatarios de los servicios sociales y el segmento principal de la clientela penal.

En consecuencia, en este contexto las instancias de control social formal compiten o, mejor dicho, cooperan con las diversas formas de trabajo negro, en la gestión de los segmentos más excluidos de la fuerza de trabajo —en particular, como se ha señalado, de la inmigración irregular—. Con todo, el sistema penal sigue jugando también un papel relevante en la gestión de los sectores poblacionales ocupados *profesionalmente* en los tráficos ilícitos —sobre todo en el de la droga— [125], que son quienes siguen ocupando una parte fundamental de la clientela penal.

Por otra parte, en el plano más concreto, la imbricación de asistencia social y sistema penal se manifiesta en la ejecución de las sanciones criminales de carácter ambulatorio —de gran trascendencia en EE.UU. y en buena parte de los países de la UE—, en particular de la libertad vigilada y de los trabajos en beneficio de la comunidad, en las cuales autoridades penitenciarias y servicios sociales cooperan directamente en la gestión de las poblaciones actual o potencialmente excluidas[126]. Con todo, en esta cooperación entre instancias de asistencia social y sistema penal podría constatarse una cierta división por sexos, de modo que el sistema penal se sigue ocupando fundamentalmente de los hombres, mientras que la asistencia social, en una época de feminización (y minorización) de la pobreza, se ocupa de forma prioritaria de las mujeres (y de sus hijos)[127].

---

[125] Cfr., por todos, RUGGIERO, V., *Crime*... cit., pp. 24 y ss.; WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 97. Referencia ya clásica en este punto es la tesis expuesta en FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, siglo XXI, Madrid, 1990, pp. 277 y ss., en particular 284 y ss.

[126] Cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 100.

[127] Cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles*... cit., p. 100.
Con todo, en el caso de España, el porcentaje de mujeres sobre el total de reclusos alcanza un número relativamente —en comparación con otros países— considerable (cfr. ALMEDA, E., *Mujeres encarceladas*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 25), lo que plantea problemas de habitabilidad de los centros penitenciarios, por su inadecuación para unas condiciones dignas de segregación por sexos (cfr., sobre ello, ALMEDA, E., *Corregir y castigar*, Bellaterra, Barcelona, 2002, pp. 226 y ss.; *Mujeres*... cit., pp. 37 y ss.). En efecto, con datos del 28/XI/2003, el número de reclusas en España es de 4483, lo que significa el 8% del total de la población carcelaria. Esto supone, de acuerdo con los datos aportados por ALMEDA, E., *Corregir*... cit., pp. 221 y s., *Mujeres*... cit., pp. 25 y ss., un incremento notable desde el 4'6% que se daba en

Desde esta perspectiva de readecuación de ámbitos de intervención puede comprenderse que la función del sistema penal, relegada en la práctica la reintegradora, no es en puridad sólo la sanción, el castigo, sino, en esa óptica sociopolítica más amplia, el control, la gestión de determinados sujetos y sectores sociales potencial o actualmente excluidos.

IV. EPÍLOGO. EVOLUCIÓN DEL CONTROL SOCIAL (FORMAL) TRAS EL 11-S. LA "CULTURA DE LA EMERGENCIA" EN LA ERA DE LA GUERRA GLOBAL PERMANENTE

A pesar del escaso lapso temporal transcurrido, probablemente puede afirmarse que, en la que se ha denominado era de la *Guerra Global Permanente*, inaugurada de forma harto simbólica con los acontecimientos de 2001, las tendencias apuntadas se intensifican, pero adquieren un valor y un sentido parcialmente distintos[128], mediante su decidida integración con lo que se ha denominado la "*cultura de la emergencia*"[129].

1985, pero una estabilización desde que esa cifra se incrementó rápidamente, hasta el porcentaje actual, durante la segunda mitad de los años 80. La razón fundamental de este incremento del porcentaje de mujeres presas parece ser la mayor persecución/comisión de infracciones en materia de drogas ilegales, según plantea la propia autora (cfr. ALMEDA, E., *Corregir...* cit., pp. 222 y ss.; *Mujeres...* cit., pp. 28 y ss.). El incremento del porcentaje de población femenina en las prisiones no es, con todo, un rasgo exclusivo de España, como indica MATTHEWS, R., "Reflexiones... cit., p. 89.

[128] Probablemente llevan razón autores como DELPHY, C., «Guantánamo y la destrucción del Derecho», *Viento Sur*, n.º 65, 2002, pp. 35 y 37, cuando destacan que lo novedoso en esta situación es el definitivo abandono de la coartadas retóricas, en la medida en que se anuncia expresamente la expulsión del Derecho de la gestión de determinados conflictos, de carácter internacional o estrictamente interno, que en el período anterior veían mediada su resolución por reglas jurídicas.

[129] La legislación antiterrorista promulgada durante este período en los diversos Estados occidentales apunta en el sentido de este reforzamiento matizado de tendencias.

A modo de referencias significativas, cabe destacar, por una parte, la *Patriot Act*, promulgada en EE.UU. el 26/X/2001. Entre sus innovaciones más contradictorias con el Estado de Derecho cabe señalar la posibilidad de intervenir todas las

Ante todo, se evidencia que la ideología de "menos Estado", la retórica de rechazo del *Big Government*, decae expresamente, retornándose a un Estado fuerte en su vertiente de control social interno y de uso de la violencia, de la guerra, como elemento básico, incluso fundante, de la política internacional. En este sentido, la nueva economía del control social es el correlato interno de una globalización crecientemente armada[130].

---

comunicaciones de un presunto terrorista sin necesidad de autorización o control judiciales, la posibilidad de detención indefinida de migrantes irregulares que no puedan ser expulsados a su país —por tratarse de apátridas o porque su país rechace aceptarlos—, la posibilidad de detención de un extranjero por un plazo máximo de siete días, sin necesidad de presentar cargos contra él, el pago de recompensas por el suministro de información sobre sospechosos de terrorismo o el establecimiento de Tribunales Militares secretos —instituidos mediante una Orden del Presidente de EE.UU. de 13/XI/2001—, que juzgarán a extranjeros acusados de terrorismo, y que mantendrán de forma indefinida en secreto todos los extremos del procedimiento, salvo el nombre del acusado y la condena impuesta.

En el ámbito europeo, la respuesta legislativa más semejante es la *Anti-terrorism, Crime and Security Bill* inglesa, de 2001, que establece disposiciones para combatir la financiación terrorista, para el control de las comunicaciones de los investigados, para la expulsión y la denegación de asilo a los sospechosos de terrorismo. Destaca en esta norma la posibilidad de mantener detenido al migrante sospechoso de terrorismo hasta que concluya el procedimiento y la correspondiente expulsión, o incluso de forma indefinida, en los casos en que el migrante no pueda ser expulsado a su país, por temerse su seguridad en el mismo. Sobre todo ello, cfr. AGAMBEN, G., «El estado de excepción», *Mientras Tanto*, n.º 86, 2003, p. 59; PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación... cit., pp. 84 y ss. —quien hace referencia también a otras normas promulgadas en Italia y Francia—; RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., pp. 159 y s.

En este contexto, si bien con matices diferenciales, hay que situar las últimas reformas legislativas en el Estado español en la materia (fundamentalmente la articulada por la L.O. 7/2003, de 30 de junio), con medidas como el aumento del tiempo máximo de prisión a 40 años, la flexibilización de la prisión sin juicio, la expulsión de todo extranjero responsable de un delito, la desconfianza hacia el control judicial de las condenas de prisión (Jueces de Vigilancia Penitenciaria), o la drástica reducción de los mecanismos de adaptación a la situación de libertad, y el correlativo refuerzo de la ideología del "*cumplimiento íntegro de las penas*". Sobre ello, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en prensa; FARALDO CABANA, P., "*Un Derecho Penal de enemigos para* los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en prensa.

130 Cfr., por todos, DE GIORGI, A., «Guerra... cit., pp. 27 y ss.; LÓPEZ-PETIT, S., "La subversión del Estado-Guerra", *Panóptico*, n.º 3, 2002, p. 71.

Otro de los rasgos de este proceso es la mixtificación de los campos, tradicionalmente separados, de la gestión estatal de la seguridad: el de la guerra en el plano

En la era de la G.G.P. el nuevo Estado reforzado produce un relato de legitimación, que tiende a mutar la percepción social de la realidad[131]. Se trata de la narración de la amenaza, que afectaría a Occidente y a sus valores[132], sustentada en planteamientos interpretativos como los del "*choque de civilizaciones*", popularizado por el sociólogo estadounidense S. HUNTINGTON[133], que tienden a ubicar al miedo, y no a la esperanza, como motor de la evolución social[134]. Todo ello se ve complementado, en el plano de la difusión de las dinámicas de control y disciplina social, por la aludida promoción de la dicotomía *amigo-enemigo*, con unos efectos

---

internacional, y el de policía en el plano interno. Durante la última década se ha producido una evolución que tiende a confundir estos planos: en el ámbito internacional las acciones militares se connotan como operaciones de policía, no sólo por su pretendida función de simple mantenimiento de la paz (humanitarias), como por el hecho de que enfrentan amenazas no propiamente militares, en el sentido clásico, sino fenómenos criminales organizados, fundamentalmente el terrorismo. En el plano interno, en cambio, la labor de policía adopta cada vez más perfiles de operaciones guerreras (las retóricas de la *War on Drugs* y de la *War on Crime* reaganianas), tanto por la magnificación del enemigo criminal, o por la implicación emocional de la colectividad frente al crimen, cuanto por la implicación moral y, a veces, material de las instituciones militares en su combate (p. ej., la implicación de fuerzas militares en la gestión del orden ante las revueltas en Los Angeles en la primavera de 1992, o periódicamente en diversos lugares del territorio italiano). Esta última evolución probablemente contribuye a obviar las garantías jurídicas que para la regulación de la labor estatal de control social se han venido elaborando durante los dos últimos siglos, en el marco del Estado Democrático de Derecho. Sobre ello, cfr. DE GIORGI, A., «Guerra... cit., pp. 29 y ss.

131 Cfr., sobre ello, LÓPEZ-PETIT, S., "La subversión... cit., p. 74.

132 En este sentido, tal como se ha apuntado ya en relación a la figura del "*enemigo interno*", se construye un referente del "*Otro*", que no se define por su concreto comportamiento individual, sino por su pertenencia a un grupo que posee rasgos fácilmente caracterizables como distintos a los de los "*ciudadanos normales*" y que, además, pueden ser fácilmente estigmatizados, de modo que lo que se desvalora no es ya un comportamiento dañoso en sí, sino toda una cultura y todo un grupo social como tal. Cfr. DELPHY, C., «Guantánamo... cit., pp. 37 y s., quien insinúa la relación de esta construcción narrativa con el tratamiento de los *prisioneros* de Guantánamo. Se antoja que esta labor de definición de rasgos esenciales que caracterizan a cada grupo social, y lo delimitan respecto de otro es una empresa cada vez más llamada al fracaso, en sociedades crecientemente complejas y mestizas como las presentes.

133 Las tesis de S. HUNTINGTON en este ámbito aparecen publicadas en *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order*, Simon and Shuster, New York, 1996, si bien hay una versión resumida anterior en HUNTINGTON, S., «The Clash of Civilizations?», *Foreign Affairs*, n.º 72-73, 1993.

134 Cfr. LÓPEZ-PETIT, S., "La subversión... cit., p. 74.

particularmente perversos, ya que el nuevo *enemigo*[135] aparece construido con unos rasgos que refuerzan su entidad: el terrorista, como paradigma del nuevo *enemigo*[136], a) es individualizable, pero difuso, pues puede esconderse en cualquier lugar, en tu misma nación, ciudad o familia; b) por ello mismo, se encuentra tanto dentro como fuera de nuestra sociedad; c) es un nómada, ya que puede atravesar clandestinamente cualquier frontera; d) es imprevisible en su inhumano comportamiento; e) puede ser, con grandes esfuerzos y compromisos colectivos, provisionalmente batido, pero resulta difícilmente derrotable de forma definitiva[137]. Todas estas características influyen para convertir a toda la ciudadanía, mediante la interrelación con el pensamiento de la *"prevención situacional"*[138], en potenciales vigilantes responsables de su propia seguridad, de la de su comunidad[139], e incluso, en el giro

---

135 Para una aproximación a la influencia que este tipo de construcciones significativas ha tenido en las ciencias penales, dando lugar —cuando menos— al embrión de un verdadero Derecho Penal y Procesal Penal del *enemigo*, vid. GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 120 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación... cit., pp. 78 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...* cit., pp. 163 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual", en prensa, *passim*.

136 Por otra parte, el paradigma del enemigo cada vez se expande más, alcanzando no sólo al criminal en sentido estricto, sino incluso al disidente, fundamentalmente político. La incipiente construcción significativa como *"enemigo"* del denominado movimiento *antiglobalización* puede resultar una buena muestra de ello. En este sentido, cfr., por todos, PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación... cit., pp. 83 y s., y 90.

137 Sobre estas notas del enemigo contemporáneo, vid. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., p. 104, n. 1; «Guerra... cit., pp. 35 y ss.

138 La *prevención situacional*, estrechamente vinculada con lo que en el ámbito anglosajón se ha denominado la *criminología de la vida cotidiana*, es el conjunto de estrategias que pretenden reducir las circunstancias ambientales que favorecen los comportamientos desviados o criminales, fundamentalmente mediante la delimitación de los espacios de vida de los sujetos y la elevación de barreras artificiales, sean materiales o simbólicas. Para un análisis más completo de los presupuestos teóricos y del sentido del pensamiento de la *"prevención situacional"* (o de la *"responsabilización"*), muy en consonancia con la ya comentada extensión difusa en los espacios públicos de todo género de dispositivos de vigilancia y control, vid. GARLAND, D., "Les contradictions... cit., pp. 55 y ss., y 65 y s.; *The Culture...* cit., pp. 124 y ss., y 161 y ss. Vid. asimismo DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 45 y ss.; PAVARINI, M., "Controlling... cit., pp. 88 y ss.

139 Sobre las experiencias de vigilancia del vecindario (*Neighborhood Watch*) vid. DE GIORGI, A., *Zero...* cit., pp. 47 y s.

sustentado en la narración del *choque de civilizaciones*, de la de su nación y de la de su cultura.

En este marco se normaliza la gestión del control social en base a la "*cultura de la emergencia*"[140]. De acuerdo con este paradigma de cons-

---

[140] La *cultura de la emergencia* o de la *excepcionalidad* ha sido uno de los fenómenos más propiamente europeos, aunque compartido en otras latitudes, de la evolución de la nueva economía del control social. En este sentido, no resulta nada nuevo, sino que, en su formulación contemporánea, surge en los años 70 en diferentes Estados europeos como respuesta a los fenómenos de terrorismo y violencia política entonces emergentes. Sus rasgos concretos fueron en ese momento múltiples: a) en el plano legislativo, surgen las denominadas leyes antiterroristas, que prevén incrementos de las penas muy por encima de los criterios de proporcionalidad, y medidas restrictivas de la libertad de expresión, como el cierre de medios de comunicación o las referentes a la criminalización de la apología; b) en materia procedimental, se permiten los períodos de incomunicación de los detenidos, se restringe el derecho de defensa —con la prohibición de elección de abogados de confianza—, se amplía desmesuradamente la prisión sin juicio, y se legaliza la práctica de los "*arrepentimientos*", premiándose la delación interesada; c) en materia policial y jurisdiccional, se crean cuerpos de élite, paramilitarizados, con amplio margen de impunidad, al tiempo que surgen tribunales especiales para el enjuiciamiento de estos crímenes; d) en materia penitenciaria, surgen las prisiones de máxima seguridad, con regímenes tendentes a la despersonalización, pensados para este género de reclusos, y posteriormente exportados a otras categorías de infractores (lo que se plasmó, en el caso español, mediante la institución de los FIES) y, en general, con el incremento de los mecanismos de control y con una contracción radical de las medidas de readaptación a la sociedad libre (permisos de salida, semi-libertades, libertades condicionales, alejamiento del entorno familiar).
El discurso, y la práctica, de la *emergencia* o de la *excepcionalidad*, como desconocimiento de los parámetros de respuesta al crimen elaborados durante dos siglos de depuración del Estado Democrático de Derecho, fueron presentados como soluciones exclusivamente para el fenómeno del terrorismo, y temporales, mientras se mantuviese su existencia. Sin embargo, hoy, tres décadas después, pocas dudas permanecen sobre el hecho de la que la emergencia se ha expandido, contaminando las formas de respuesta a otros crímenes, y no tanto en atención a su gravedad o complejidad, sino a la designación de determinados colectivos de infractores, connotados como "enemigos". Sobre todo ello, cfr. BERGALLI, R., "The New Order in Spain and an Hispanic Perspective on the History and Meaning of Social Control", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social*... cit., pp. 45 y ss.; RIVERA BEIRAS, I., "La cárcel... cit., pp. 360 y ss.; "Los posibles... cit., pp. 152 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación... cit., pp. 77 y s. —para un análisis somero de la trayectoria legislativa en España—. Vid. asimismo AGAMBEN, G., «El estado... cit., pp. 58 y ss. —quien destaca que en la era de la G.G.P. el estado de excepción tiende a ser el paradigma de gobierno dominante—; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 807 y ss. —quien caracteriza el *subsistema penal de excepción* como una expresión de la prevalencia de la *razón de Estado* frente al *Estado de Derecho*—.

trucción social de la realidad (del sistema penal), el riesgo que amenaza, generalmente en forma de enemigo, es presentado, y vivido, como emergencia, como peligro ante el que hay que responder de forma urgente y excepcional. Esto incentiva la aceptación social de respuestas que desconozcan los límites jurídicos previamente alcanzados.

El ejemplo más gráfico de la cultura de la emergencia, en su contemporánea versión de gestión del control social del enemigo, es la imagen de los "*prisioneros*" de Guantánamo, donde desde enero de 2002 se hacinan en condiciones inhumanas, pero espectacularizadas[141] con la intención para transmitar mensajes de seguridad y —al tiempo— de alarma, más de seiscientas personas sin rostro de diversas nacionalidades (entre ellos, el español H. A. AHMED), en una situación de "no-Derecho", en una zona ajena a la legalidad, sin acusación formal, sin derecho de defensa, sin plazos, sin control judicial, sin estatuto de reclusos ni de prisioneros de guerra, reducidos a una condición subhumana de no-personas[142].

---

[141] Cfr. DELPHY, C., «Guantánamo... cit., p. 35.

[142] Cfr., sobre ello, AGAMBEN, G., «El estado... cit., p. 59; DELPHY, C., «Guantánamo... cit., pp. 35 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación... cit., p. 91; RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., p. 159. Como es conocido, la situación de los "*prisioneros*" de Guantánamo no es única en la nueva aplicación de medidas excepcionales por parte del *sistema penal* de EE.UU. Otras personas han corrido una suerte similar: siendo sospechosos de actividades terroristas se les ha considerado como "combatientes enemigos", quedándose de ese modo sin proceso y sin derechos de defensa, y abocados a una detención secreta e ilimitada. Quizás el caso de J. PADILLA (detenido en Chicago el 8/V/2002 y recluido en una base militar de Carolina del Sur) sea el más conocido de un número indeterminado de ellos. Cfr., en este sentido, DELPHY, C., «Guantánamo... cit., p. 41.
Con todo, recientes acontecimientos parecen sugerir el inicio de una solución propiamente jurídica de la situación de los "*prisioneros*" de Guantánamo, así como de otras personas sometidas a detención secreta en el territorio de EE.UU. El noveno tribunal de apelación de San Francisco ha resuelto recientemente que ni la ubicación de los prisioneros en Guantánamo, ni su designación como "*enemigos combatientes*" permiten negarles la aplicación de las garantías sustantivas y procedimentales que se derivan del ordenamiento estadounidense o, en cuanto prisioneros de guerra, del Derecho Internacional. La resolución coincide en el tiempo con otra del segundo tribunal de apelación, de Nueva York, que niega la conceptuación de J. PADILLA como "*combatiente enemigo*" y, en consecuencia, determina la aplicación en su caso de las referidas garantías. Sobre todo ello, vid. el diario *El País* de 19/XII/2003. Asimismo, en el momento de concluir estas páginas parecen próximos los acuerdos para repatriar a los "*prisioneros*" de Guantánamo nacionales de países aliados de EE.UU. a sus países de origen.

Todo este relatorio de rasgos de la nueva economía del control social, intersecada con soluciones propias de la *cultura de la emergencia*, evidencia que el actual modelo va a generar mayores niveles de conflictividad social, de exclusión social y de recorte de las libertades. Mucho más dudoso es que vaya a generar más seguridad[143], pero para ello siempre quedará el floreciente negocio de la seguridad privada, distribuida por el mercado[144].

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV., *La surpopulation pénitentiaire en Europe. Prison Overcrowding in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

AA.VV., *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali*, Manifestolibri, Roma, 2002.

ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en prensa.

AGAMBEN, G., «El estado de excepción», *Mientras Tanto*, n.º 86, 2003.

ALMEDA, E., *Corregir y castigar*, Bellaterra, Barcelona, 2002.

ALMEDA, E., *Mujeres encarceladas*, Ariel, Barcelona, 2003.

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, Fundamentos, Madrid, 1999.

BARATA, F., "Los mass media y el pensamiento criminológico", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.

BECK, U., «El mundo después del 11-S», *El País*, 19/X/2001.

---

143 Cfr., por todos, GARLAND, D., *The Culture...* cit., pp. 204 y s.

144 Para ilustrar este ejercicio de pesimismo de la razón que constituye la presente conclusión, cabe remitir a las palabras de J. SARAMAGO, transcritas por RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles... cit., p. 162, lúcidas tanto en su poética expresión cuanto en la trágica imagen que diseñan: *"Volveremos a la "caverna" —o al "centro comercial"—. Antes la humanidad buscó lo exterior, el "afuera", la luz de la Ilustración. Hoy ya no se busca "el interior" sino la "seguridad interior", y en ella sólo hay una luz gris, fría, seca y, sobre todo, artificial. "Todos acabaremos en el Centro Comercial" —como paradigma de la nueva Ciudad—: allí tendremos aire, luz, y temperatura y clima artificial (...) También dispondremos de seguridad privada y acabaremos haciendo "dentro" lo que antes hacíamos "fuera": ¿para qué salir, entonces? Será mejor una vida gris que una vida insegura. Quienes puedan pagar la seguridad tendrán así en su barrio, su ciudad, su Centro —privados, artificiales y seguros— y ¿los que no tengan el dinero o los medios para ello (que cada vez serán más y actuarán de manera más desesperada)? Pues, para esos, siempre quedará el Sistema Penal (el "afuera")..."*.

BERGALLI, R., "The New Order in Spain and an Hispanic Perspectiva on the History and Meaning of Social Control", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997.

BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997.

BERGALLI, R., "Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BODELÓN GONZÁLEZ, E., "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CASTILLO, J., «La privatización de las prisiones como debate para España», *Panóptico*, n.º 4, 2002.

CHRISTIE, N., *La industria del control del delito*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CHRISTIE, N., «Éléments de géographie pénale», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998.

CHRISTIE, N., "Los maxiencarceladores", *Archipiélago*, n.º 55, 2003.

DAVIS, M., *Control urbano: la ecología del miedo*, Virus, Barcelona, 2001.

DELPHY, C., «Guantánamo y la destrucción del Derecho», *Viento Sur*, n.º 65, 2002.

FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en prensa.

FEELEY, M./ SIMON, J., "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications", *Criminology*, n.º 4/1992.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.

FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, siglo XXI, Madrid, 1990.

FRAILE, P., "La organización del espacio y el control de los individuos", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARLAND, D., «Les contradictions de la "société punitive": le cas britannique», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998.

GARLAND, D., "Lucha contra el crimen y modernidad tardía en EE.UU. y Gran Bretaña", *Archipiélago*, n.º 55, 2003.

GARLAND, D., *The Culture of Control*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE GIORGI, A., *Zero Tolleranza*, Deriveapprodi, Roma, 2000.

DE GIORGI, A., «Guerra Imperiale e controllo metropolitano», en AA.VV., *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali*, Manifestolibri, Roma, 2002.

HARCOURT, B. E., "Desorden público y observancia de la ley", *Archipiélago*, n.º 55, 2003.

HARDT, M./ NEGRI, A., *Imperio*, Paidós, Barcelona, 2002.

HUNTINGTON, S., *The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order*, Simon and Shuster, New York, 1996.

HUNTINGTON, S., "The Clash of Civilizations?", *Foreign Affairs*, n.º 72-73, 1993.

KERNER, H. J., "Nachdenken über New York - Vorlauf zum Wahlkampf 1998? Zur ersten Phase der vom "Spiegel" ausgelösten sicherheitspolitischen Debatte in

Deutschland", en ORTNER, H./ PILGRAM, A./ STEINERT, H. (eds.), *New Yorker "Zero-Tolerance" Politk*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

KUHN, A., "Prisões europeias: a luta contra a superlotação", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2/1996.

DAL LAGO, A., «Personas y no-personas», en SILVEIRA GORSKI, H. C. (ed.), *Identidades comunitarias y Democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

LARRAURI, E., "Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis", en AA.VV., *La Criminología aplicada II*, CGPJ, Madrid, 1999.

LÓPEZ-PETIT, S., "La subversión del Estado-Guerra", *Panóptico*, n.º 3, 2002.

MATTHEWS, R., "Reflexiones sobre los recientes desarrollos de la política penal desde la teoría de los sistemas", *Panóptico*, n.º 4, 2002.

MELOSSI, D., "State and Social Control à la Fin de Siècle: from the New World to the Constitution of the New Europe", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997.

MELOSSI, D., "Inmigración e inseguridad: una introducción", *Panóptico*, n.º 3, 2002.

MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

MONCLÚS MASÓ, M., «La "gestión" penal de la inmigración: otra excepción al Estado de Derecho", *Panóptico*, n.º 3, 2002.

ORTNER, H./ PILGRAM, A./ STEINERT, H. (eds.), *New Yorker "Zero-Tolerance" Politk*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

PAVARINI, M., "Controlling Social Panic: Questions and Answers About Security in Italy at the End of the Millennium", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), Social Control and Political Order, Sage, London, 1997.

PAVARINI, M., "La cárcel, racista?", *Panóptico*, n.º 3, 2002.

PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre de 2001", *Mientras Tanto*, n.º 83, 2002.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual", en prensa.

RECASENS I BRUNET, A., "La seguridad, el sistema de justicia criminal y la policía", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

REVEL, J., «Controimpero e biopolitica», en AA.VV., *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali*, Manifestolibri, Roma, 2002.

RIFKIN, J., *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 1996.

RÍOS MARTÍN, J. C./ CABRERA CABRERA, P. J., *Mil Voces Presas*, Univ. Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

RÍOS MARTÍN, J. C., "La cárcel: descripción de una realidad", *Panóptico*, n.º 1, 2001.

RIVERA BEIRAS, I., "La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

RIVERA BEIRAS, I., "Los posibles escenarios de la penalidad", *Panóptico*, n.º 5, 2003.

RODRÍGUEZ, E., "España: *Zero Tollerance*", *Archipiélago*, n.º 55, 2003.

RUGGIERO, V., *Crime and Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000.

SCHEERER, S./ HESS, H., «Social Control: a Defence and Reformulation», en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SILVEIRA GORSKI, H. C., «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho», *Mientras Tanto*, n.º 83, 2002.

SILVEIRA GORSKI, H. C., "Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía", en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SNACKEN, S., "Analyse des mécanismes de la surpopulation pénitentiaire", en AA.VV., *La surpopulation pénitentiaire en Europe. Prison Overcrowding in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

SUBIRATS, J., "¿De qué seguridad hablamos?", *El País*, 25/X/2002.

SUMNER, C., "Social Control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology", en BERGALLI, R./ SUMNER, C. (eds.), *Social Control and Political Order*, Sage, London, 1997.

WACQUANT, L., "La tentation pénale en Europe", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998.

WACQUANT, L., «L'Ascension de l'État pénal en Amérique», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.º 124, 1998.

WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000.

WACQUANT, L., "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal", *Archipiélago*, n.º 55, 2003.

WILSON, J. Q./ KELLING, G., "Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety", *Atlantic Monthly*, vol. 249, n.º 3, marzo 1982.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003.

Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual

José Antonio Ramos Vázquez
Becario de F. P. U.
Área de Derecho penal
Universidade Da Coruña

Sumario: I. Introducción. II. Las repercusiones del fenómeno de la globalización en el Derecho Penal y la llamada 'Lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal'. III. El enemigo ("visible o con piel de cordero") de la sociedad actual. IV. El lenguaje del enemigo. 1. Consideraciones previas. 2. El Derecho Penal del "desviado": la reforma del artículo 189 del Código Penal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

"Y era cierto que el vidrio estaba comenzando a desvanecerse, igual que una niebla brillante y plateada.
En un instante había pasado al otro lado del espejo"
Lewis Carroll, Del otro lado del espejo, capítulo I.

En muy escasas ocasiones es posible asistir a la conversión de un hecho en histórico desde el mismo momento de su producción. Una de dichas ocasiones ha sido, sin duda alguna, el ataque terrorista del día 11 de septiembre de 2001, día convertido ya en toda una fecha de referencia y momento desde el que ha venido considerándose que toda una etapa histórica ha visto su fin y que, consecuentemente, una nueva ha nacido.

No obstante, dicha afirmación no deja de ser un sofisma: la sociedad ha vivido en los últimos años una serie de transformaciones profundas, complejas y de muy variada índole que han desembocado, por así decirlo, en situaciones como la del ataque terrorista del 11 de septiembre. Éste,

por tanto, tan sólo representa una muestra de aquellas transformaciones y el primer momento clave del discurrir histórico de nuestro tiempo.

Así pues, puede decirse que el llamado por algunos "nuevo orden mundial" no comenzó ese día (una sociedad no se transforma en un día y una hora concretos) sino que ese 11 de septiembre se consagraron en el altar de la comunicación simbólica, haciéndose evidentes y tangibles para la mayoría de la colectividad, muchas de las características propias de la misma, permaneciendo en cierto modo ocultas muchas de las más relevantes.

Esto último, esta suerte de juego comunicativo de mostrar y no mostrar determinados aspectos de la realidad —señaladamente aquéllos que resulten de algún modo incómodos para el poder (sea éste político o económico)— es también, a su vez, otro de los elementos fundamentales de la actual sociedad. Como señala PÉREZ ARGOTE con gran acierto: "en el Estado Nacional, confluían lo que el individuo conocía y lo que le afectaba, y le afectaba lo que conocía. El equilibrio se ha roto: por un lado desconoce lo que le afecta (globalización económica) y por el otro, conoce más de lo que le afecta (globalización de la comunicación de masas)"[1].

Teniendo en cuenta todos esos aspectos, fundamentales en cualquier análisis teórico de la sociedad actual, hay que señalar inmediatamente que las posibles matizaciones y ramificaciones de cualquiera de las premisas que puedan adoptarse como fundamento de una visión más o menos exhaustiva de la llamada "sociedad postmoderna"[2] se suceden *ad infinitum*. En efecto, cualquier estudio dentro del marco de las ciencias sociales se mueve en un nivel cada vez más alto de complejidad; en el actual estado de cosas toda definición o abstracción conceptual en este campo parece ciertamente vana: el nivel en el que se hallan imbricados toda una serie de fenómenos de muy diversa y compleja índole es tal que

---

1 PÉREZ-ARGOTE POVEDA, A., "Globalización, crisis del Estado y anomia. La teoría social visita Europa" en RAMOS TORRE, R./ GARCÍA SELGAS, F, *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea.* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999, p. 67.

2 Lo cierto es que en el actual estado de cosas la expresión "sociedad postmoderna", con la que la teoría social de nuestros días venía trabajando, está también, en cierta medida, superada. Vid. al respecto, entre otras muchas referencias, FOSTER, H. (ed.), *La posmodernidad*, 5.ª ed., Ed. Kairós, Barcelona, 2002, magnífica obra colectiva con contribuciones de autores tan señalados como J. HABERMAS y J. BAUDRILLARD.

un acercamiento a cualquiera de ellos supone alcanzar tan sólo una visión parcial de la sociedad en la que vivimos, una de cuyas más sobresalientes características (y éste es un aspecto que los *mass media* —los grandes dinamizadores y controladores del aspecto comunicacional de la actual configuración social— han contribuido a enfatizar), es la de su intrínseca mutabilidad, la cual, a mi juicio, enmascara una involución a gran escala semejante ya a un eterno retorno o a un "cambio lampedusiano" en el que todo parece fluir mientras que, en realidad, las estructuras y las relaciones de poder esenciales permanecen inmóviles. El eterno retorno lo es, por su parte, a un Derecho penal despojado de garantías, esto es, a un Derecho penal desnaturalizado (puesto que las garantías penales forman parte de su esencia, amén de conformar su auténtica *ratio essendi*), a un Derecho penal contrailustrado[3], situación por la que ya ha pasado en anteriores ocasiones (piénsese, vgr., en el fenómeno de la emergencia penal, profusamente estudiado en la doctrina italiana[4]).

El Derecho penal, en mi opinión, no puede ser ajeno a todo lo que está sucediendo —a todos los niveles— en la sociedad actual, por la sencilla razón de que está desarrollando un papel ciertamente clave en el mantenimiento del *statu quo* actual —del auténtico *statu quo*—, no del voluble conglomerado de relaciones que se forma superestructuralmente. La denominada ciencia penal —por su parte— se enfrenta a días inciertos, en los que las categorías que ha venido manejando durante largo tiempo parecen convertirse en meras abstracciones con muy poca virtualidad para hacer frente a los diversos fenómenos y problemas presentes en la sociedad actual, la llamada —desde una perspectiva más cercana ya a lo propiamente penal, por la gran acogida que esta

---

[3] Utilizo la gráfica expresión de ALBRECHT "contrailustración" (*Gegenaufklärung*) para hacer referencia a la actual situación por la que atraviesa el Derecho penal. Vid. ALBRECHT, P. A., "El derecho penal en la intervención de la política populista" en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 471 y ss. No obstante, como se precisa más adelante, dicho término tiene en Albrecht cierta connotación —contraria a la llamada "expansión del Derecho penal"— que aquí no se comparte.

[4] Vid. p. ej., BARATTA, A./ SILBERNAGL, M., "La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 28, 1986, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 820 y ss., FERRAJOLI, L. "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", *Dei delliti e delle pene*, 1984 (2), pp. 271 y ss. y MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed., Napoli, 1997.

denominación (acuñada, en lo que se me alcanza, por ULRICH BECK[5]) ha tenido en la doctrina— "sociedad del riesgo".

"Un primer ámbito del Derecho penal moderno" —señala GRACIA MARTÍN— "estaría constituido por un grupo de tipos delictivos con un contenido de lo injusto relativamente homogéneo en virtud del dato común de que en todos ellos se trataría de la realización de conductas que representarían sólo, como máximo, un simple y mero peligro *abstracto* para bienes jurídicos principalmente *individuales*. Para un sector de la doctrina, este ámbito particular del Derecho penal moderno sería consecuencia del modo *político* en que el Estado del presente resuelve afrontar los conflictos sociales característicos de la dinámica de la sociedad moderna, a la cual se comprende y explica como una "sociedad de riesgos" (...) Por ello, el Derecho penal moderno, o una parte considerable del mismo, se denomina como 'Derecho penal del riesgo'"[6].

La cuestión del "Derecho penal del riesgo" es, por tanto, una de las que más ocupan a la doctrina actual, dentro de una más compleja "lucha teórica" a la que más adelante se hará referencia.

Así las cosas, puede observarse que el análisis de una parcela de la realidad de la sociedad actual —como es la respuesta punitiva del Estado a determinadas conductas y la reflexión teórica sobre la misma, esto es, el Derecho penal y la denominada ciencia penal— exige, para llegar a buen puerto sin demasiado extravío teórico, tratar una serie de cuestiones entrelazadas y de diverso alcance pero con un denominador común: el enorme grado de complejidad que ha alcanzado la sociedad contemporánea y las diversas relaciones de poder que subyacen en la misma.

No es éste, por supuesto, el lugar para un análisis en profundidad de todas las cuestiones que podrían traerse a colación en un trabajo que

---

5 BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, ed. Paidós, Barcelona, 1998.

6 GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 60 a 62 (cursivas en el original). Un resumen de las propuestas teóricas que GRACIA MARTÍN desarrolla en esta obra puede hallarse en GRACIA MARTÍN, L., "¿Qué es modernización del Derecho penal?" en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ ROMEO CASABONA, C. M.ª/ GRACIA MARTÍN, L./ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (EDS.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 349 y ss.

tiene como objeto el Derecho penal en la sociedad actual. Aquí serán tratadas tan sólo algunas de dichas cuestiones —muchas de las cuales, además, no serán analizadas con el detenimiento que, sin duda, merecen— y de un modo aparentemente desordenado y asistemático.

Sin embargo, dicho desorden ha sido buscado de propósito: habiéndose renunciado a un análisis exhaustivo, parece procedente realizar tan sólo una aproximación a algunos de los aspectos a mi juicio más destacados del Derecho penal en la sociedad actual. El desorden viene derivado, por ello, tanto de la propia naturaleza de las cosas (la excepcional *extensio* de la situación que se pretende estudiar y el enorme grado de imbricación de los fenómenos que abarca) cuanto de la imposibilidad metodológica de abordar de un modo ordenado lo que no es sino, en gran medida, un replanteamiento de la razón de ser y la naturaleza del Derecho penal.

En este sentido, se intentará en las siguientes páginas proporcionar una aproximación a los siguientes aspectos del Derecho penal de la sociedad actual: en un primer apartado se hará referencia al fenómeno de la globalización y sus repercusiones en el ámbito del Derecho penal (más propiamente, al llamado "Derecho penal de la globalización"), enmarcándolo dentro de la lucha teórica a la que antes se ha aludido y que tiene como objeto la denominada "expansión del Derecho penal".

En un segundo apartado, se realizará una aproximación al llamado "Derecho penal del enemigo" y las consecuencias que éste tiene en el actual estado de cosas (tanto dogmático como legislativo), siendo muestra clara esta construcción teórica, además, del Derecho penal de los tiempos que nos ha tocado vivir.

Por último, y descendiendo al campo empírico (por así expresarlo) se hará referencia a la proyectada última reforma que ha de sufrir la legislación penal española: se estudiará aquí, por tanto, una propuesta legislativa, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código penal[7], el cual se halla todavía, en el momento de redacción del presente trabajo, en fase de tramitación parlamentaria.

Dentro de esta propuesta (de gran alcance, pues, como es sabido, alcanza a 169 de los artículos del actual Código penal) se hará especial

[7] De fecha 27 de enero de 2003.

referencia a la reforma del artículo 189 de dicho cuerpo legislativo, esto es, a la reforma de los delitos de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y de los relativos a la producción, difusión y posesión de material pornográfico y a la corrupción de menores.

La razón del estudio aquí de esta cuestión (la nueva respuesta penal a los comportamientos sexuales en los que se hallan implicados menores) es clara: la inminente reforma del Código penal muestra meridianamente las características propias de las legislaciones que van a sucederse en los próximos tiempos, constituyendo una buena muestra de un Derecho penal de autor, amén de no resultar en absoluto difícil, incluso, encontrar la huella del llamado "Derecho penal del enemigo" al que antes se ha aludido.

En efecto, la propuesta de reforma de los delitos sexuales en materia de corrupción de menores y pornografía infantil compone, en gran medida, un mensaje dirigido por el Estado no a sus ciudadanos, sino a sus enemigos —por parafrasear a GÜNTHER JAKOBS[8]—. Lo mismo sucede, por ejemplo, y aunque ello no será objeto de análisis en este trabajo, con la reforma realizada en el Código penal para asegurar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por parte de los condenados por delitos de terrorismo, aprobada recientemente.

No se trata aquí, por tanto, de normas penales dirigidas a personas, sino amenazas a "terroristas" o "desviados". Sobre todo ello, como antes se ha indicado, se hablará *in extenso* más adelante.

Por de pronto, ha quedado plasmado aquí el objeto del presente trabajo, que no es otro, en definitiva, que —si se me permite la alusión literaria— atravesar el espejo de la dogmática penal (que no nos devuelve más que el reflejo de nuestra propia imagen) y tratar de

---

[8] "Con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales— el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados como enemigos". JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente" en *Estudios de Derecho judicial*, 20, CGPJ, Madrid, 2000, p. 139.
Al interrogante de quiénes son los "enemigos" responde JAKOBS inmediatamente, como se expondrá en el apartado correspondiente de este trabajo, pero ha de adelantarse ya aquí que en dicho concepto se encuentran inequívocamente, como el propio JAKOBS señala, tanto el "terrorista" como el delincuente sexual.

movernos por el otro lado, aquél en el que el Estado y otras instancias de poder en apariencia inanimadas cobran vida y nos muestran su faz menos inofensiva a través de uno de los instrumentos de control que siempre le han resultado más preciados: el propio Derecho penal.

II. LAS REPERCUSIONES DEL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL Y LA LLAMADA "LUCHA POR LA MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL"

"Algunos tecnócratas, convencidos de que la técnica es más importante que la política, se complacen en subrayar el carácter superficial de las distinciones propiamente políticas. Las democracias liberales y los regímenes fascistas o socialistas —afirman— son, sin duda, políticamente diferentes unos de otros; pero estas aparentes oposiciones disimulan mal analogías fundamentales.

En efecto, el verdadero poder es ejercido en todas partes por una minoría de "directores": sus problemas, sus métodos de acción, son los mismos; los "managers" están hechos para entenderse, mientras que los políticos están hechos para pelearse. De ahí derivan los sueños sinárquicos de algunos tecnócratas"[9].

Ciertamente, el fenómeno (o, más bien, el conjunto de fenómenos) que suele ser englobado bajo el intítulo de "globalización" es sumamente complejo, al igual que, como se indicó en la introducción a este trabajo, cualquier análisis de su influencia en el Derecho penal[10].

No obstante, con un fin propedéutico y a estos efectos, se reproducirán aquí las doce principales características del proceso de globalización a juicio de I. RAMONET[11], para, basándonos en ellas, realizar alguna consideración de utilidad en lo que a este trabajo respecta.

---

9 TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, 2.ª reimp., ed. Tecnos, Madrid, 1972, p. 627.

10 En idéntico sentido, vid. BERNARDI, A., "El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, año 2002 - 2, número 8, p. 13.

11 Vid. RAMONET, I., "Situación actual del proceso de globalización" en *El proceso de globalización mundial*, Intermón, Barcelona, 2000, pp. 11 y ss. Se ha elegido a este

Dichas características son las que siguen:

a) Inequívoca hegemonía geopolítica de Estados Unidos.

b) Transformación del concepto de valor estratégico.

c) Transformación del concepto de Estado en cuanto que Estado-Nación. El Estado nacional tradicional está inmerso, por tanto, en un proceso de mutación, en una crisis de identidad.

d) Los "geoactores" de la globalización ya no son los Estados, sino los organismos internacionales o intergubernamentales que legislan sobre la globalización, así como los grandes grupos económicos, industriales y mediáticos.

e) La preponderancia del sistema democrático como régimen político y la desnacionalización como meta económica.

f) Paulatina desjerarquización o desverticalización de las distintas estructuras de poder.

g) Profundo cambio en los procesos de identificación personal, más centrados ahora en conceptos como la pertenencia a un determinado credo religioso que en la pertenencia a un grupo social o a un Estado determinados.

h) Transformación de la noción de riesgo: la sensación de amenaza proviene ahora, entre otros factores, de enfermedades o epidemias a gran escala, del crimen organizado y las mafias, de la corrupción o del fenómeno del terrorismo.

i) Incremento de las desigualdades socioeconómicas y culturales.

j) Existencia de una globalización económica, facilitada, en gran parte, por la globalización de las comunicaciones.

k) Existencia de una revolución tecnológica, con un proceso de informatización generalizada.

l) Profunda transformación del Derecho, con la aparición de nuevas regulaciones acerca de temas como la genética o la informática y nuevas instancias jurisdiccionales internacionales.

autor por haber sido utilizada ya su visión del fenómeno de la globalización por parte de algún penalista (vid. GOMES, L. F., "Globalización y Derecho penal" en *Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir*, pp. 331 y ss., especialmente 332 a 334).

A mi juicio, dicha relación de características de la globalización resulta no demasiado fructífera para el propósito del presente trabajo.

En primer lugar, se hace hincapié [señaladamente en las características a) y b)] en cuestiones de política internacional de poco interés para un acercamiento como el que aquí se pretende desarrollar[12].

En segundo término, a la hora de abordarse las —sin duda profundas— transformaciones que se han operado en el campo jurídico no se hace mención a un aspecto, a mi juicio, fundamental, como es la aparición de las legislaciones penales internacionales *stricto sensu*, esto es, aquéllas que provienen de entidades supranacionales; principalmente, en lo que a España concierne, de la Unión Europea[13].

---

[12] Amén de que la "inequívoca hegemonía geopolítica de Estados Unidos" no es ni una causa ni un consecuente del proceso de globalización, sino un elemento presente tanto en la actual como en anteriores configuraciones de la sociedad internacional.

[13] Sobre esta cuestión, vid. p. ej., GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...* cit., pp. 98 y ss., donde se hace referencia a la distinción entre "europeización del Derecho penal" y "Derecho penal europeo". Asimismo, vid., entre una extensísima bibliografía, BARTONE, N. (ed.), *Diritto Penale Europeo. Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Cedam, Padova, 2001, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho Penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001, CORSTENS, G./ PRADEL, J., *European Criminal Law*, Kluwer Law International, London, 2002, DANNECKER, G., *Evolución del Derecho Penal y sancionador comunitario europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, DELMAS-MARTY, M. (DIR.), *Quelle Politique Pénale pour l'Europe?*, Economica, París, 1993, DUARTE D'ALMEIDA, L., *Direito Penal e Direito Comunitario*, Almedina, Coimbra, 2001; GRASSO, G., *Comunità europee e Diritto Penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, Univ. de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993, GRASSO, G. (ed.), *Verso un spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris*, Giuffrè, Milano, 1997, GRASSO, G. (ed.), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo*, Giuffrè, Milano, 1998, GRASSO, G. (ed.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e represione*, Giuffrè, Milano, 2000, HUGGER, H., *Strafrechtliche Anweisungen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2000, KERCHOVE, G./ WEYEMBERGH, A. (eds.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2000, MACCHIA, L., *Le frodi al bilancio dell'Unione Europea. Frodi comunitarie, disciplina sanzionatoria e controlli*, Simone, Napoli, 2001, PALUMBO, F., *Studi di Diritto Penale Comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999, PICOTTI, L. (ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999 y TIEDEMANN, K., *La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

No obstante, la visión de RAMONET puede servir como visión general del fenómeno aquí tratado: en concreto, las características h) y l) antes mencionadas pueden fácilmente ser utilizadas para desarrollar algunos de los aspectos del Derecho penal actual. Asimismo, los restantes aspectos destacados del fenómeno de la globalización, relacionados con la destrucción del Estado como referente y la expansión comunicativa y económica, sirven como marco a las transformaciones que aquél está sufriendo[14].

Es un lugar común, como se ha señalado *supra*, considerar que el Derecho penal actual es un Derecho penal del riesgo, lo cual se halla íntimamente relacionado con la denominada "expansión del Derecho penal", concepto de "expansión" que englobaría no sólo las modernas tendencias a la criminalización en ámbitos como el Derecho penal económico o el Derecho penal del medio ambiente sino también una expansión a gran escala que alcanzaría a muchas de las categorías dogmáticas manejadas por la denominada ciencia penal, viéndose flexibilizadas de este modo las tradicionales reglas de imputación de responsabilidad penal.

En este sentido, a la hora de abordarse la crítica a esta "expansión del Derecho penal", resulta obligado hacer referencia a la posición de la "Escuela de Frankfurt" y, sobre todo, a la de SILVA SÁNCHEZ[15], por tratarse esta última, a mi juicio, de la más brillante y fundada de las críticas a dicho proceso expansivo, si bien, como se expondrá más adelante, no habrá de compartirse aquí su postura.

En efecto, y en primer lugar, la llamada "Escuela de Frankfurt" —intítulo bajo el que, por cierto, se agrupa una serie de penalistas de muy distintas ideologías y opciones metodológicas, como el propio SILVA

---

[14] Así, p. ej., estamos viviendo, al hilo de lo expuesto por RAMONET, una desterritorialización de los fenómenos delictivos, a la par que una creciente personalización de la responsabilidad penal, en el sentido de que se percibe una progresiva desviación del objeto de atención del Derecho penal del hecho delictivo a la personalidad de su autor, lo cual, como se expuso en la introducción a este trabajo no tiene nada de novedoso.

[15] Vid. su fundamental obra en este sentido: SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999. Existe, como es sabido, una segunda edición con diversas modificaciones y añadidos, del año 2001 e idéntica editorial. En la realización del presente trabajo se han utilizado indistintamente ambas ediciones. A la hora de citar dicha obra, por tanto, se indicará en cada caso a cuál de ellas se hace referencia.

SÁNCHEZ pone de manifiesto[16]— se muestra sumamente crítica con la "expansión del Derecho penal", por las implicaciones, que, a juicio de los mismos, ésta conlleva.

El punto de partida de la reflexión crítica de la "Escuela de Frankfurt" es una concepción "individualista" o "personalista" del bien jurídico, propia del Derecho penal ilustrado —considerado por algún autor casi como una Arcadia del Derecho penal, si se me permite la expresión[17]—

.

Desde dicha perspectiva respecto del concepto de bien jurídico (pieza absolutamente clave de toda dogmática penal), la protección de los bienes jurídicos *eminentemente* personales es la función básica del Derecho penal, mientras que los de carácter supraindividual serían sedicentes bienes jurídicos en tanto en cuanto no estén vinculados de un modo u otro a la esfera individual del individuo.

La cuestión ha sido resumida por SILVA SÁNCHEZ en los siguientes términos[18]:

"Asistimos así a un proceso creciente de difuminación (algún autor ha hablado de *espiritualización*) de los bienes y a la sanción de conductas sólo muy lejanamente afectantes al individuo. Frente a esta tendencia, debe subrayarse la importancia garantística del principio de lesividad u ofensividad, que cabría estimar parte integrante del principio de protección fragmentaria, y que supone la oposición a la incriminación de hechos que no impliquen una lesión (o, por lo menos, una *puesta en peligro concreto*) de auténticos bienes jurídico-penales. En efecto, a partir de la puesta en relación del concepto de bien jurídico-penal, tal

---

16 SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, "Prólogo" a *La insostenible situación del Derecho penal,* Ed. Comares, Granada, 2000, p. XII.

17 Así, por ejemplo, resulta expresiva la opinión de HASSEMER (sin duda, uno de los más relevantes penalistas de la "escuela de Frankfurt") acerca del Derecho penal de la Ilustración, considerándolo "clásico" en el sentido de que representa —a su juicio—: "un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta" (HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 18 y 19).

18 Adviértase ya *a priori* que la opinión de SILVA SÁNCHEZ que aquí se va a reproducir pertenece a una obra anterior en el tiempo a *La expansión del Derecho penal*, lo cual nos permitirá observar los matices que ha ido adquiriendo su postura.

como se ha expuesto, con el aludido principio de lesividad, puede obtenerse un *principio de resistencia* fundamentada a tales tendencias.

Todo ello no significa que no quepa la protección penal de bienes universales. En efecto, "al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma", lo que no sólo permite, sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, la Administración pública o de Justicia, las instituciones económicas o laborales, etc. *Pero sí hace preciso concebir tales bienes en un sentido instrumental respecto a la persona humana, referencia fundamental, como vimos, de todo bien jurídico-penal.* Ello tiene varias repercusiones: desde la perspectiva de la fragmentariedad, *no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden en peligro grave para los individuos*; tal incriminación precisará de una *especial fundamentación* de las razones que la abonan; asimismo, deberá obrarse con mayores reservas a la hora de fijar el ámbito de la protección penal (punición de la tentativa, de la comisión imprudente, etc.); entre otras"[19].

Con la transcripción de dicha opinión de SILVA SÁNCHEZ, quedan claras las líneas maestras de la crítica a la "expansión del Derecho penal" por parte de un gran sector de la doctrina actual: el problema nace, a juicio de estos autores, de la progresiva ampliación del campo de actuación del Derecho penal a ámbitos tradicionalmente vedados al mismo (como el medio ambiente o la actividad económica), ámbitos en los que, por lo demás, no está clara la afectación de un bien jurídico individual, *conditio sine qua non*, desde esta perspectiva, de la punición de una conducta.

De este modo, la intervención penal se volvería espuria respecto de lo que debe ser un Derecho penal respetuoso con el catálogo de garantías y principios básicos provenientes del movimiento ilustrado, puesto que extendería su ámbito a hechos no lesivos de bienes jurídicos personales y, además, adelantaría las barreras punitivas hasta niveles intolerables, por medio, fundamentalmente, del recurso a los delitos de peligro abstracto (esto es, a los delitos que no exigen ni una lesión efectiva ni un peligro concreto de bien jurídico alguno).

---

[19] SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 291 y 292. Destacado en cursiva mío.

Así las cosas, como expresa condensadamente SILVA SÁNCHEZ en el fragmento transcrito, tan sólo podrá considerarse aceptable —desde una óptica garantista— la elevación al rango de delito de la lesión o puesta en peligro de un bien supraindividual, en tanto en cuanto exista un peligro grave para los individuos (para un bien jurídico-penal individual). Pero es que, además, dicho peligro no puede ser uno de cualquier clase, sino que ha de tratarse de un peligro concreto. Aquí se entronca con una crítica de amplio alcance a los delitos de peligro abstracto, en la que, por supuesto, no es menester adentrarnos aquí.

Por de pronto, cabe exponer en este momento la réplica de GRACIA MARTÍN a esta visión tanto del Derecho penal actual como del Derecho penal de la Ilustración, precisamente en lo que a la idealización de este último respecta.

Señala este autor lo siguiente:

"Bajo ningún concepto, empero, puede ser atendible la pretensión de que sean precisamente los *objetos y enunciados históricos* del discurso penal de la Ilustración —o bien un *determinado* entendimiento de los mismos—, los que tengan que tomarse como referencia y medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal actual.

El estado actual de las legislaciones penales, por un lado, y, sobre todo, el que, por otro lado, importantes y muy cualificados sectores de la doctrina —y, por cierto, escrupulosamente respetuosos con las garantías penales del Estado de Derecho— desarrollen argumentaciones concluyentemente favorables a la *legitimidad* de la asunción por el Derecho penal de nuevos contenidos, o de su extensión a nuevos ámbitos que, según el discurso crítico del Derecho penal moderno de HASSEMER y de sus seguidores, no podrían ser asimilados por el modelo penal de la Ilustración, son muestras claras de que lo que aquí está en juego y en discusión es precisamente la validez de *ese* modelo del Derecho penal o de un determinado modo de comprenderlo, y, por consiguiente, una razón más que suficiente para negar a dicho modelo el atributo de "clásico" en el sentido definido y pretendido por HASSEMER"[20].

---

[20] GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*... cit., pp. 51 y 52 (Dicha crítica a la visión de Hassemer se reproduce también en GRACIA MARTÍN, "¿Qué es modernización del Derecho penal?..." cit., pp. 354 y 355). Vid. *supra* la opinión de Hassemer acerca del Derecho penal de la Ilustración en cuanto que Derecho penal "clásico" o "ideal".

GRACIA MARTÍN sitúa la cuestión, a mi juicio, en sus justos términos: en primer lugar, la Arcadia penal de la "Escuela de Frankfurt", representada por el Derecho penal de la Ilustración, no resulta un término de comparación válido en el estado actual en el que se halla el Derecho penal. El Derecho penal "clásico", en mi opinión, no constituye en modo alguno el parámetro a utilizar como punto de referencia para futuras configuraciones de esta rama del ordenamiento, toda vez que la sociedad a la que pretende regular presenta innumerables diferencias respecto de la existente en la época ilustrada.

Pero, en segundo lugar, y a mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto que la visión que del Derecho penal de la Ilustración tienen los autores de la "Escuela de Frankfurt" no es del todo correcta: si bien es cierto que en dicha época se gestaron los principios que, aún hoy, sirven de *ratio essendi* al Derecho penal y aminoran la irracionalidad de la reacción punitiva del Estado[21], lo cierto es que tanto abstractamente considerado (esto es, considerando el pensamiento penal *in toto* dominante en dicha etapa histórica) cuanto *de facto*, el Derecho penal ilustrado se halla bien lejos de constituir *locus perfectionis* alguno[22].

---

[21] Así, entre otras muchas y como conquista fundamental, hay que reseñar la distinción Derecho/ Moral que los ilustrados aportaron al pensamiento penal. De este modo, como ha puesto de relieve FERRAJOLI: "la doctrina ilustrada de la separación entre derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista y al mismo tiempo de cualquier sistema de derecho penal mínimo; mientras que las diversas doctrinas pre- y también post-ilustradas de la confusión se encuentran en el origen de culturas y modelos penales sustancialistas y de una u otra forma autoritarios". Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* cit., p. 231.

[22] Señala SILVA SÁNCHEZ que "el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora, en realidad nunca existió como tal". Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *La expansión del Derecho penal...* cit., 1999, p. 115. En contra, GRACIA MARTÍN, quien considera tal afirmación absolutamente falta de fundamento histórico material (GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...* cit., p. 175). Por supuesto, no nos adentraremos aquí en tal controversia, aunque lo cierto es que, examinando lo dicho seguidamente por GRACIA MARTÍN, tampoco parecen existir razones de peso para sustentar tan contundente descalificación, puesto que no parece incompatible observar el Derecho penal de la Ilustración desde el punto de vista de una lucha foucaultiana por el discurso —como veremos, hace GRACIA MARTÍN—, con la conclusión manifestada por SILVA SÁNCHEZ acerca de que aquél nunca ha tenido las características que muchos autores pretenden ver en él. Para una mejor comprensión de todo ello, se reproducirá aquí parte de la argumentación de GRACIA MARTÍN, en la que expone lo siguiente:

"La constitución del Derecho penal como disciplina es un caso paradigmático de formación del discurso —aquí de criminalidad— como resultado de una lucha por él

en que se imponen unos determinados objetos y enunciados sobre éstos y quedan excluidos otros que también luchaban por adueñarse del discurso.

En concreto, la disciplina del Derecho penal que se constituye en la Ilustración, y cuyo discurso domina aún el presente, es la *realización* histórica de la utopía de la burguesía, como ya no puede ser ignorado después de la impresionante investigación de FOUCAULT (...) Para corroborarlo, basta recordar que en el momento histórico en el que hierve la atmósfera en que cuece, entre otros guisos, el Derecho penal ilustrado, en la lucha por el discurso de criminalidad hay dos conjuntos de objetos y de enunciados sobre éstos completamente contrapuestos. Así, en el discurso de LOCKE, el objeto central es la propiedad privada. Según dicho discurso, en el estado de naturaleza cada uno ha adquirido una cantidad desigual de posesiones, y éstas constituyen objeto de un derecho natural (...) De signo completamente opuesto es el discurso de ROUSSEAU. Para éste, no sólo no existe ningún derecho natural a la propiedad privada en absoluto, sino que ésta constituye la causa de todos los horrores y desgracias del género humano y, por consiguiente, lo que incumbe a la sociedad que se funda con el contrato social es precisamente impedir la formación de propiedad privada. En realidad, pues, hay dos discursos completamente opuestos y excluyentes y el desenlace de la lucha por el discurso no precisa de comentario: el orden liberal burgués se articula fielmente en torno al discurso de LOCKE, el cual garantiza absolutamente el despliegue de la libre existencia de la burguesía, y, a la vez, excluye completamente al discurso de ROUSSEAU, el cual es aplastado por el ideario político liberal de la Ilustración que se impone y que persigue institucionalmente a aquél en toda aquella tierra que pisa para capturarle y para excluirle del orden social. Es éste el caldo de cultivo del discurso ilustrado liberal de la criminalidad que se impone a fines del siglo XVIII y principios del XIX (...) y, desgraciadamente, es el que domina todavía de modo alarmante y con una fuerza muy superior a la que se le atribuye generalmente" (GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*... cit., pp. 173 a 178). De este modo, en mi opinión, aun en el caso de que se comparta acríticamente la visión de GRACIA MARTÍN —y podría realizarse, sin duda, algún comentario a la perspectiva foucaultiana que adopta este autor—, no alcanzo a ver cuál es la razón por la que ésta resulta incompatible con la afirmación de SILVA SÁNCHEZ, según la que "el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora, en realidad nunca existió como tal". De hecho, a pesar de las diferencias metodológicas —e, incluso ideológicas— que han llevado a ambos autores a sus respectivas afirmaciones, no dejan de ser, cuanto menos superficialmente, complementaria entre sí.

Por de pronto, y sin ánimo, como se apuntó más arriba, de adentrarnos más de lo preciso en esta cuestión (a todas luces de gran interés) ni de terciar en dos posiciones —por lo menos en lo que a sus conclusiones acerca de la significación del Derecho penal de la Ilustración respecta— a mi juicio no demasiado lejanas, baste reseñar aquí que, como se apunta en el texto, la cualidad de "ideal" no puede ser predicada del Derecho penal ilustrado, no sólo por constituir, entre otras cosas, la plasmación de un modo de ver el mundo y las relaciones humanas y jurídicas propio de las burguesías liberales europeas del siglo XVIII, sino por arrojar más de una sombra, examinado en profundidad. Sea como fuere, lo cierto es que la reimplantación de un Derecho penal *auténticamente* similar al ilustrado sería una idea ciertamente peregrina en la situación que atraviesa la sociedad actual, salvo que con dicha idea se haga referencia a mantener los principios penales básicos que propiciaron, en la época ilustrada, el nacimiento del Derecho penal propiamente dicho, en cuyo caso,

Es más, como revela SCHÜNEMANN[23], un fenómeno tan criticado por los autores contrarios a la denominada "expansión del Derecho penal", (fenómeno que supone, además, buena muestra, a su juicio, del nefasto punto en el que se encuentran actualmente las regulaciones jurídico-penales) como el de los delitos de peligro abstracto, ya existía en la época ilustrada. De hecho, como muy certeramente indica este autor: "el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto, prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas"[24].

Con la antedicha cita de GRACIA MARTÍN, se sitúa la cuestión, como se acaba de exponerse, en sus correctos términos y en el contexto adecuado: la "expansión del Derecho penal" y las críticas que suscita deben ser analizadas desde un punto de vista sincrónico, dentro de la actual situación, marcada por el fenómeno de la globalización y una involución penal de gran calado en todos los órdenes que, sin duda, coloca al Derecho penal en una delicada situación. Desde esta perspectiva, de nada ayuda medir el Derecho penal actual con el metro de platino iridiado, por así expresarlo, del Derecho penal clásico.

De hecho, el propio SILVA SÁNCHEZ ha considerado absolutamente inviable el retorno a un *gutes, altes liberales Strafrecht*[25], señalando que "si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas *posibilistas*, en vez de refugiarse numantinamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical"[26].

Por esta serie de razones, este autor ha presentado, como antes se adelantó, una propuesta crítica de la "expansión del Derecho penal" mucho más matizada que la de los autores de la "Escuela de Frankfurt" a la que aquí, dentro de los límites que impone el objeto del presente trabajo, se hará seguidamente cumplida referencia.

---

no existiría discusión alguna, puesto que la irrenunciabilidad de tales principios por parte de nuestra disciplina es un lugar común (casi) incontrovertido.

23 SCHÜNEMANN, B., "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 199.

24 SCHÜNEMANN, B., "Consideraciones críticas..." cit., *ibídem*.

25 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, p. 115.

26 SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, "Prólogo" a *La insostenible situación...* cit., p. XIII.

Antes de ello, cabe reseñar que lo que subyace aquí —desde un punto de vista dogmático, por supuesto[27]— es una "lucha teórica" (de mayor calado, quizá, que el que aparenta) entre partidarios y detractores de la "expansión del Derecho penal". A esta confrontación se ha referido de modo muy gráfico en un reciente trabajo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[28] contraponiendo, en una suerte de alegoría astronómica, la teoría del *Big Bang* —esto es, la tendencia en la práctica y en la doctrina penal a la expansión del Derecho penal a determinados campos tradicionalmente excluidos de su ámbito de actuación— a la teoría del *Big Crunch*, es decir, la mantenida por quienes propugnan una reducción del ámbito de lo delictivo: reducción que, en algún caso, como se acaba de indicar, se trataría de una auténtica regresión al supuesto y utópico Derecho penal "clásico", tutelador, tan sólo, de los bienes jurídicos más íntimamente vinculados a la persona, así como del patrimonio, el sacrosanto derecho de la mentalidad jurídico-política liberal[29].

Así las cosas, se analizará seguidamente —y de modo somero— la más moderna posición de SILVA SÁNCHEZ al respecto de toda esta problemática, así como los reparos que a ésta cabe oponer —siempre dentro de los límites discursivos que impone el objeto del presente trabajo[30]—.

SILVA SÁNCHEZ parte de la consideración negativa del fenómeno expansivo que está viviendo el Derecho penal de nuestros días (el *Big Bang* al que alude MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ), caracterizado, entre otros elementos, por la elevación a la categoría de delito de ataques a nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación del campo de los riesgos

---

27 Puesto que desde un punto de vista más prosaico, y como más adelante se pondrá de manifiesto, no resulta difícil hallar, en muchas ocasiones, qué pulsión ideológica, por así decirlo, mueve a algunos autores a mantener una cerrazón tan radical a la intervención del Derecho penal en ámbitos como el ambiental o, señaladamente, el económico.

28 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)" en *Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir*... cit., pp. 395 y ss.

29 Dentro de la llamada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ teoría del *Big Crunch* se incluirían, por supuesto, tanto la "Escuela de Frankfurt" como la posición de SILVA SÁNCHEZ (en especial, la mantenida en *La expansión del Derecho penal*). Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "La moderna teoría del *Big Crunch*..." cit., pp. 396 a 399 y 399 a 402 respectivamente.

30 Una breve y completa visión de la obra en cuestión puede hallarse en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "La moderna teoría del *Big Crunch*..." cit., pp. 399 a 402.

jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las tradicionales reglas de imputación de responsabilidad penal y la relativización de los principios penales garantistas[31]. Todas estas características, a su juicio, pueden ser apreciadas en el vigente Código Penal de 1995, en el que, con el aplauso de ciertos sectores doctrinales, se han acogido "nuevas formas de delincuencia", así como agravaciones de las penas aparejadas a la comisión de muchos delitos (en especial, de los llamados "delitos socioeconómicos")[32]. Con todo ello, el legislador habría realizado una nueva "huida al Derecho penal" de carácter marcadamente simbólico[33].

Dicho esto, SILVA SÁNCHEZ analiza las causas que han motivado tal expansión, entre las que destacarían la aparición de nuevos riesgos[34], los cuales, producidos en una sociedad multiforme y compleja como la que vivimos y magnificados por los medios de comunicación —cuya importancia en la actual configuración social es indudable— provoca una sensación de inseguridad superior a la racionalmente esperable, dado el nivel de riesgo objetivo existente.

Ello provocaría que el ciudadano volcase sus esperanzas de protección en el Derecho penal, instando a los poderes públicos a una criminalización de todos aquellos comportamientos que le generan una aguda sensación de preocupación o inseguridad (por ejemplo, los delitos sexuales o los medioambientales)[35].

Los ciudadanos de la sociedad actual estarían configurados como pertenecientes a unas auténticas "clases pasivas", deseosas de eliminar cualquier atisbo de riesgo —lo cual motivaría la progresiva ampliación de los deberes de cuidado, y, consecuentemente, la tipificación de un

---

31 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, p. 17.

32 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, p. 18.

33 Como afirmó en su día este mismo autor (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...* cit., p. 305) "aspectos simbólicos o retóricos se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal. Lo problemático no es, pues, el efecto simbólico, sino su absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental) se limitan a desplegar tal efecto, que, por ello, resulta elevado a la categoría de función exclusiva". Esto último, pues, sería lo que sucedería en el presente supuesto.

34 Como se indicó en la introducción al presente trabajo, el Derecho penal actual ha sido caracterizado por gran parte de la doctrina como un "Derecho penal del riesgo". Vid., por ejemplo, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 155 y ss.

35 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, p. 30.

mayor número de delitos de peligro—y completamente identificadas con la víctima del delito, de tal modo que el Derecho penal abandonaría su lugar como *Magna Charta* del delincuente para convertirse en la *Magna Charta* de la víctima del delito[36].

Por último, SILVA SÁNCHEZ señala que la globalización y la progresiva integración de los Estados en organizaciones supranacionales no hacen sino potenciar la expansión del Derecho penal a la que aquí se viene repetidamente aludiendo. El Derecho penal de la globalización (tanto desde el punto de vista de la dogmática cuanto desde el de los principios político-criminales) presentaría, así, una serie de características incompatibles con un Derecho penal garantista, tales como la ampliación del ámbito de aplicación de la omisión impropia y del dolo eventual o la primacía de los tipos de peligro y del principio de oportunidad a la hora del proceso tipificador[37].

La propuesta final de SILVA SÁNCHEZ es bien conocida: rechazada la poco posibilista y ucrónica propuesta de la "Escuela de Frankfurt", de volver al utópico Derecho penal liberal, este autor señala que el Derecho penal debe reconfigurarse en torno a un "modelo dual" en el que existan dos bloques o velocidades: en el primer bloque se incluirían los clásicos delitos de bien jurídico individual y conminados con pena privativa de libertad, los cuales mantendrían el modelo clásico —liberal— de imputación y de garantías, mientras que en una segunda velocidad (en la que, expresamente, se incluiría el Derecho penal económico[38]) se incluirían aquellos delitos sancionados con pena no privativa de libertad. En este bloque, al contrario que lo que sucede con el "núcleo duro" de infracciones, los módulos de imputación y los principios de garantía podrían ser objeto de una cierta flexibilización, completándose, así, dicho modelo dual de Derecho penal con una dualidad de garantías y principios de imputación[39].

---

[36] Todo ello desarrollado en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, pp. 21 y 43. La aparición de un "paradigma victimal", por así decirlo, es, sin duda, una de las características más destacadas de la sociedad actual, como con acierto observa SILVA SÁNCHEZ.

[37] SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, pp. 63 a 88.

[38] Aunque, como este autor se apresura a indicar, *de lege lata*, al estar en la actualidad sancionados estos delitos con penas privativas de libertad, habrían de ser incluidos en el "núcleo duro" del Derecho penal. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, p. 126.

[39] SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 1999, pp. 115 y ss.

Expuesta de modo sintético, tal es la propuesta de *Big Crunch* de SILVA SÁNCHEZ, la cual, a pesar de constituir un penetrante y brillante análisis de la situación actual en la que se encuentra el Derecho penal y de las causas más sobresalientes de la misma, no puede ser compartida aquí, por las razones que seguidamente se exponen:

En primer lugar, la propia exposición de las características del Derecho penal contemporáneo y de las causas que han motivado el *Big Bang* de las legislaciones penales puede ser matizada en algún aspecto: por ejemplo, el juego comunicativo triangular que se establece entre el Poder, los medios de comunicación y la ciudadanía y que tiene como objeto (y como producto) la criminalización de conductas es ciertamente más complejo de lo que aparenta. La relación dialéctica entre Seguridad y Libertad, que siempre es fuente de profundas tensiones, es uno de los campos *par excellence* de la actividad comunicativa del Poder, de suerte que, en más de una ocasión, la sensación de inseguridad para el conjunto de la ciudadanía, convenientemente amplificada por los *mass media*, se encuentra en cierto modo propulsada por ese último motor inmóvil (por realizar un símil aristotélico) que es el propio Poder.

Teniendo en cuenta esto, puede concluirse que la relación intercomunicativa no siempre funciona en un sentido ascendente ciudadanía-Poder, sino que este último es perfectamente consciente de que la gran mayoría de la población está dispuesta a sacrificar su libertad a cambio de la seguridad que otorga saberse, por medio del Derecho penal, fuera del alcance de los enemigos, reales o ficticios, que amenazan la pacífica convivencia de la que el Estado se erige en defensor[40], lo cual da lugar, en muchas ocasiones, a una suerte de versión posmoderna de la fábula del lobo que apacienta el rebaño[41].

---

[40] Como señala ANDRÉS IBÁÑEZ, existe en la actualidad una ideología del orden que "busca abiertamente la producción de un consenso reactivo (estimulado por la inseguridad y por el miedo) en torno al sistema, eficaz administrador a estos efectos de los *mass media*". Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Introducción" a FERRAJOLI, L./ ZOLO, D., *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, ediciones El Viejo Topo, 2001, p. 13.

[41] En relación a todo ello y complementario de lo dicho en el texto, conviene, además, anotar la certera crítica de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que aquí se comparte plenamente, en el sentido de que en no todas las ramas del ordenamiento jurídico-penal es posible dar por válida la afirmación de Silva Sánchez acerca de la sensación subjetiva de inseguridad y su falta de correspondencia con el auténtico nivel de riesgo objetivo. Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que "habría que poner en tela

Por supuesto, todo ello no supone sino en una mínima parte un acercamiento crítico a la posición de SILVA SÁNCHEZ, dado que el problema central de su postura estriba, a mi juicio, en su propuesta de un "Derecho penal de doble velocidad" en el que, v.gr., los delitos económicos se encuentren en la segunda de dichas velocidades.

Dicho rechazo podría perfectamente venir dado por razones de índole dogmática (p. ej., la no existencia en absoluto de contradicción entre los delitos de peligro abstracto en sí mismos considerados y principio penal garantista alguno[42] o el distorsionado enfoque que provoca una visión eminentemente personalista del bien jurídico).

No obstante, dado que el propósito del presente trabajo —o, por mejor decirlo, la premisa metodológica básica del mismo— es atravesar el espejo de la dogmática, la razón fundamental que impone el rechazo a la exclusión de los delitos económicos del "núcleo duro" del Derecho penal es una de índole no dogmática (aunque la frontera entre lo dogmático y lo ideológico no siempre es nítida).

En efecto, la punición de los llamados delitos económicos[43] viene exigida por el propio estado de cosas actual: en la época de la globalización,

---

de juicio la afirmación —más arriba reflejada— de que 'existe una generalizada *sensación (subjetiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios* de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo'. Hay que convenir en que esta circunstancia constituye, sin duda, una de las causas más características de la expansión de la legislación puramente simbólica. Sin embargo, si proyectamos dicha afirmación sobre los delitos económicos, mi percepción de la realidad es, desde luego, bien distinta; incluso diría que la contraria. De hecho, la conclusión que tradicionalmente se ha venido extrayendo de las investigaciones criminológicas confirma esta impresión: el ciudadano medio no tiene conciencia de la gravedad de esta criminalidad y, por tanto, aquí el riesgo objetivo es muy superior a la sensación subjetiva. Una de las causas de la insuficiente represión de los delitos económicos estriba en su 'neutralidad' o 'apariencia eterna de licitud'". (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "La moderna teoría del *Big Crunch*..." cit., p. 410).

42 Vid., por todos, SCHÜNEMANN, B., "Consideraciones críticas..." cit., pp. 199 y ss. Como señala este autor: "es equivocado anatemizar de este modo por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea la necesaria aportación de la ciencia del Derecho penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y, con ello, la aportación a una actividad legisladora racional en este ámbito" (p. 200).

43 Sobre los criterios para delimitar esta figura correctamente (tarea fundamental en todo lo relacionado con la reflexión teórica acerca de los delitos económicos), vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 59 y ss.

es absolutamente necesario un control exhaustivo (con el instrumento más severo al alcance del Estado —el Derecho penal—) de las actividades económicas.

En la "sociedad del riesgo", el riesgo derivado de las maniobras de los sujetos que ostentan, de uno u otro modo, el poder económico es ciertamente preocupante y su capacidad para lesionar o poner en peligro no sólo la esfera individual de libertad del sujeto sino la propia sociedad considerada en su conjunto está fuera de toda duda; baste observar, en este sentido, la aptitud de las grandes empresas multinacionales para poner en peligro el medio ambiente o para vulnerar de forma masiva los derechos de los trabajadores —particularmente los que desempeñan su labor en Estados del llamado "tercer mundo"— por poner dos sangrantes ejemplos.

En este sentido, la necesidad de protección es clara y el Derecho penal ha de tener la capacidad (y ése es, verdaderamente, el reto de la ciencia penal actual) para, a la vez que se muestra respetuoso con todo aquello que —aún hoy, en unos momentos tan complicados— permite observarlo como un instrumento útil en el seno de una sociedad democrática (*auténticamente* democrática), poder combatir con éxito no sólo frente a los nuevos fenómenos criminales (delincuencia organizada y transnacional, por ejemplo) que se presentan en la actualidad sino también frente a las —ahora parece que innocuas— actuaciones en el ámbito económico de quien tiene capacidad para poner en peligro bienes jurídicos que, aun no siendo *eminentemente individuales* (o, quizá, precisamente por ello) son merecedores de la más alta protección que el ordenamiento jurídico puede brindarles; con todas las garantías, pero también con todas las consecuencias que el Derecho penal trae consigo. La reducción de unas y otras en una "segunda velocidad penal" no tiene, a mi juicio, fundamento suficiente que la justifique[44].

El Derecho penal Económico, y con él otros novedosos (desde el punto de vista del Derecho penal clásico) ámbitos de actuación del poder punitivo del Estado, viene a cubrir, por tanto, un espacio hasta ahora

---

[44] Señala GRACIA MARTÍN, en una línea muy próxima a lo que se expone en el texto, que "la efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la misma exigencia de protección de bienes jurídicos, pero, sobre todo, que la misma es exigible e irrenunciable desde puntos de vista éticos y políticos". GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...* cit., p. 189.

intolerablemente vacío de protección y las razones de todo ello son más profundas de lo que aparenta, estando ahí quizá la clave del nacimiento del llamado Derecho penal moderno.

Una idea similar ha sido expuesta de modo vehemente (y, quizá, en exceso extremista) por GRACIA MARTÍN, en el sentido de considerar el "Derecho penal moderno en sentido material" como un sistema normativo que tiene por objeto la criminalización formal (siempre con el debido respeto a las garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho) del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas[45].

"Con la descripción del conjunto de las acciones ético-socialmente reprobables de las clases poderosas como un *sistema de acción*" —indica este autor— "quiero enfatizar especialmente aquello que, a mi juicio, define realmente el momento "constitutivo" de ruptura del Derecho penal moderno con el tradicional. En efecto, si las nuevas regulaciones jurídico-penales se limitaran a introducir un cierto número de tipos relativos a conductas de las clases poderosas, de modo aislado y, en su caso, meramente coyuntural y sin vocación sistemática, entonces no cabría ver en aquéllas ningún fenómeno de ruptura. Para que se produzca esta ruptura es necesario que la criminalización de conductas de las clases poderosas tenga una dimensión "totalizadora", es decir, tiene que resultar fundado y estructurado un "sistema" que clasifique en tipos criminales ordenados conforme a bienes jurídicos la *totalidad* del *universo* de acciones ético-socialmente reprobables y socialmente perjudiciales propias y características del sistema de acción de las clases poderosas; en concreto, *toda* la criminalidad material de las clases poderosas —incluso las acciones criminales que el orden jurídico formal reviste actualmente con el ropaje del derecho subjetivo y la licitud— tiene que ser incorporada al discurso de criminalidad en un modo exactamente *igual* a como el Derecho penal liberal (...) ha definido y clasificado efectivamente como criminales a la *totalidad* del universo de acciones propias y características del sistema de acción de las clases sociales subordinadas"[46].

Sobre esta cuestión, he de decir que, por una parte, comparto en sustancia la posición de GRACIA MARTÍN acerca de la modernización

---

[45] GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...* cit., pp. 190 y 191.
[46] GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...* cit., pp. 195 y 196.

del Derecho penal, en el sentido de que la expansión se hace necesaria en determinados ámbitos por razones obvias de protección frente a la más que evidente capacidad lesiva de los grandes actores de la sociedad global. Que ello implique ir más allá de un concepto personalista de bien jurídico o reformular los clásicos criterios de imputación de responsabilidad penal es algo que no priva en absoluto de justificación a tal proceso criminalizador, sí, empero, a la desorbitada intervención penal que se está produciendo en otros ámbitos del "Derecho penal nuclear", como el Derecho penal sexual, sin ir más lejos y por citar un campo de nuestra disciplina al que más adelante se hará referencia.

No obstante, y por otra parte, si bien ha de tenerse en cuenta todo lo dicho hasta aquí respecto al proceso expansivo del Derecho penal, cabe decir que la pretensión de GRACIA MARTÍN de realizar una criminalización global del *sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas* es, en mi opinión, contraproducente, a la par que, para bien o para mal, irrealizable.

Desde un punto de vista dogmático, la inconcreción de cuáles sean las acciones ético-socialmente reprobables de las clases poderosas (y aun del propio concepto de clase poderosa) y bajo qué parámetros ético-sociales se juzga su reprobabilidad exigen cierta cautela ante la propuesta de GRACIA MARTÍN[47].

Pero resulta que, además, en mi opinión, esta "lucha teórica por el discurso de criminalidad" (por utilizar la terminología de este autor), no debe constituir tampoco una suerte de "venganza dialéctica" por los abusos capitalistas señalados por GRACIA MARTÍN y materializados en las regulaciones jurídico-penales de épocas pretéritas.

No se trata, a mi juicio, de utilizar el Derecho penal como arma de una revisitación de la prácticamente difunta, desde una perspectiva teórica, "lucha de clases", ni siquiera como instrumento de transformación de las estructuras sociales.

La capacidad del Derecho penal para influir decisivamente en la consecución de una mejor sociedad es algo que me mueve, personalmente, al más profundo de los escepticismos y la criminalización de la

[47] Amén de la perturbadora referencia que se realiza en el fragmento transcrito a la criminalización de actividades hoy jurídicamente irreprochables de las "clases poderosas". Aquí el extremismo de GRACIA MARTÍN es palpable.

totalidad del universo de acciones propias y características del sistema de acción de las clases sociales poderosas, tal y como ha sido planteada por GRACIA MARTÍN, parece ser no más que una aspiración ideológica personal de este autor y, por ello, una idea completamente ajena al concepto de Derecho penal, el cual no tiene por función la persecución de determinadas clases sociales o determinados grupos de personas, sino la efectiva protección de bienes jurídicos fundamentales para el mantenimiento de una sociedad democrática, siendo ésta, en suma, la razón que me mueve a la aceptación teórica (en la práctica se trata ya de un hecho) del fenómeno de la expansión del Derecho penal, siempre que, como se expuso con anterioridad, ésta tenga por objeto la ampliación de la protección penal a todo aquello que resulta necesario para la mejor y libre convivencia en el seno de una sociedad tan compleja (y vulnerable) como la actual.

Dicho todo lo que antecede, es hora de concluir este apartado poniendo de relieve que es preciso estar siempre atento al trasfondo ideológico de las diversas reflexiones teóricas acerca del Derecho penal en la sociedad actual.

Por ello, se hace necesario tener muy en cuenta lo expuesto con gran claridad por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: "Es indudable que la teoría penal del *Big Bang*, íntimamente vinculada (aunque no siempre) al desarrollo de nuevos bienes jurídicos *colectivos*, posee una clara y confesable cobertura ideológica: la que le proporciona la idea del moderno Estado social y democrático de Derecho (...) La que, en cambio, no siempre acabo de ver clara es la cobertura ideológica de los partidarios de la teoría del *Big Crunch* en el ámbito económico. Ciertamente, en principio y en abstracto, ésta puede verse como el producto de un loable afán garantista (aunque, a mi juicio, un tanto desmedido y desenfocado), pero a la vista de la diversidad metodológica y ideológica de los autores que se inscriben en esta dirección no observo otro máximo común denominador y me inclino a pensar que el manto aglutinador se teje merced a una proteica mixtura de intereses, en algunos casos confesables, en otros no tanto"[48].

No obstante, a pesar del indudable interés que la discusión alrededor del fenómeno de la expansión del Derecho penal suscita y de las (también indudables) consecuencias teóricas de todo orden que ésta plantea, todo

[48] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "La moderna teoría del *Big Crunch*..." cit., p. 431.

lo relacionado con esta cuestión ha de ser aparcado —por así decirlo— en tanto en cuanto no se resuelva urgentemente la cuestión del denominado "Derecho penal del enemigo", una construcción teórica que se ha erigido en una suerte de "tercera velocidad" del Derecho penal y que sirve de coartada teórica a innumerables elementos absolutamente contrarios a lo que debe ser un Derecho penal digno de tal nombre, como se expone a continuación.

III. EL ENEMIGO ("VISIBLE O CON PIEL DE CORDERO") DE LA SOCIEDAD ACTUAL

"Un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento [delincuencia sexual (...)] o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo[49], delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, o el ya antiguo "complot de asesinato"), es decir, en cualquier caso de manera presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta"[50]: he aquí el enemigo del que GÜNTHER JAKOBS nos viene alertando en los últimos tiempos, eje de su fundamental distinción entre el Derecho penal de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht)* y el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).

Como puede observarse, el enemigo se caracteriza por su falta de "seguridad cognitiva", la cual redunda, como consecuentemente expone JAKOBS, en la negación a aquél de la condición de persona.

---

[49] Sobre la impronta de esta construcción teórica en las últimas reformas de la legislación penal antiterrorista española, vid. CANCIO MELIÁ, M., "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la Democracia*, n.º 44, julio 2002, pp. 19 y ss. Sobre la evidente involución que supuso la LO 7/2000 en materia antiterrorista puede consultarse también mi trabajo RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *ius puniendi*", *Revista de Ciencias Penales*, Volumen 4, 2001 - 2002, pp. 89 y ss.

[50] JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en *Estudios de Derecho judicial*, 20, CGPJ, Madrid, 2000, p. 139.

En efecto, "A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, hoy en día no existe ninguna alternativa visible. La seguridad cognitiva (...) se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal. En otras palabras (...) se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la —*sit venia verbo*— neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo"[51].

Consecuentemente con tal planteamiento, el Derecho penal a aplicar al "enemigo" tiene, entre otros, los siguientes rasgos: anticipación de la barrera punitiva (trasladando el paradigma del hecho punible de los ya realizados a los aún por realizar), ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación, el paso de una legislación jurídico-penal a una legislación de lucha contra la delincuencia y el socavamiento general de las garantías procesales[52].

En concreto, JAKOBS sitúa como objetivos de dicha legislación de lucha contra la delincuencia, el terrorismo, la delincuencia económica y la delincuencia sexual[53], entre otros fenómenos, indicando ejemplos de la legislación penal alemana que muestran la existencia del "Derecho penal del enemigo" en este momento.

"Con este lenguaje" —señala, efectivamente, JAKOBS— "el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos"[54].

Antes de analizar lo expuesto por este autor en los anteriores fragmentos (completados con los que más adelante se transcribirán), cabe realizar una breve referencia al presunto origen de esta teoría en anteriores formulaciones teórico-políticas de autores como ROUSSEAU

---

51 JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal..." cit., pp. 140 y 141.
52 JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal..." cit., pp. 138 y 139.
53 JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal..." cit., p. 139.
54 JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal..." cit., p. 139.

o HOBBES, como ha estudiado en nuestra doctrina PÉREZ DEL VALLE.

"HOBBES" —señala este autor— "separa dos formas de delitos, o mejor dicho, dos órdenes jurídicos contra los que el delito puede ser cometido: bien el delito es cometido frente a las leyes del Estado y, por tanto, por el ciudadano, que se comporta como mal ciudadano y es sancionado; bien el delito es cometido frente a la ley natural que presupone la existencia del mismo Estado, de tal modo que quien lo comete ya no es ciudadano, sino enemigo del Estado contra quien se reacciona de acuerdo con el derecho de la guerra y no con el derecho del Estado"[55].

Por otra parte, tomando como base una cita del *Contrato social* de ROUSSEAU, en la que compara al "malhechor" con un enemigo, indicando que la conservación del Estado es incompatible con la suya y que uno de los dos debe perecer[56], PÉREZ DEL VALLE señala que las concomitancias entre lo expuesto por el pensador francés y lo expuesto por HOBBES son notables, así como la proximidad entre ambas posiciones teóricas y la idea del "Derecho penal del enemigo" jakobsiana[57].

La conclusión de PÉREZ DEL VALLE es harto elocuente: "el Derecho penal del enemigo no es una disfunción del individualismo social, sino una consecuencia de sus propias limitaciones ante un pluralismo cultural y político —el que viene fuera de su propia tradición— que la desborda (...) Difícilmente puede prosperar una crítica al "Derecho penal del enemigo" que pretenda apoyarse en el contractualismo que lo necesita para sobrevivir: los principios constitucionales asumidos por el Derecho penal no representaron nunca obstáculos —no los representaron nunca— para la sanción de graves riesgos para la estabilidad del sistema político democrático, como en el caso de la tipificación de delitos de asociación ilícita en ordenamientos liberales; es más, con frecuencia han sido esgrimidos en muchas ocasiones como fundamento de estas sanciones. La ingenuidad que intenta evitar el problema tratándolo como un cuerpo extraño al sistema liberal ignora, por eso, que no

---

55 Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., "Sobre los orígenes del "Derecho penal del enemigo". Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 75, 2001, p. 605.

56 Concretamente, dicha cita se extrae del *Contrato social*, II, V.

57 PÉREZ DEL VALLE, "Sobre los orígenes..." cit., pp. 599 a 610.

siempre el individualismo social quiso asumir una forma de ser consustancial con un Estado débil"[58].

Ciertamente, es posible rastrear la huella teórica del Derecho penal del enemigo tanto en ROUSSEAU y HOBBES como en muchos otros autores, especialmente aquéllos menos proclives a eufemismos a la hora de calificar a quienes, de uno u otro modo, atentan contra la estabilidad de los diversos sistemas de poder.

En este sentido, a mi juicio, la búsqueda de raíces a la construcción jakobsiana no tiene demasiado interés, puesto que paralelismos en mayor o menor medida ocurrentes entre una construcción como la de JAKOBS y muchas otras pueden encontrarse por doquier si lo que se busca es, precisamente, una fundamentación teórica más o menos prestigiosa a la misma.

Efectivamente, parafraseando al protagonista del *Ulysses* de JOYCE, nunca se sabe de quién son los pensamientos que uno masca, y nada reportaría a la cuestión del "Derecho penal del enemigo", en mi opinión, remarcar que se trata de un *aggiornamento* de las tesis de ROUSSEAU, HOBBES, SCHMITT[59] o cualesquiera otros pensadores anteriores en el tiempo al verdadero "caldo de cultivo" —si se me permite la expresión— en el que se está desarrollando (y del que se está nutriendo) la teoría jakobsiana.

La conclusión de PÉREZ DEL VALLE, por otra parte, en el sentido de considerar el pluralismo cultural y político un elemento contrario a la tradición de lo que él denomina "individualismo social" y al Derecho penal del enemigo una consecuencia ineluctable de las necesidades de protección del pacto social merece más de una crítica, siendo así que la ingenuidad de la posición que este autor critica es en todo caso inferior a la de la que él mismo intenta sustentar resucitando al autor del *Leviatán*[60].

No obstante, dejemos que sea el propio JAKOBS quien desarrolle algunos puntos del "Derecho penal del enemigo":

---

58 PÉREZ DEL VALLE, "Sobre los orígenes..." cit., p. 612.

59 Recuérdese, entre otras muchas, la reflexión de CARL SCHMITT en el sentido de que la «necesidad de pacificación interna lleva, en situaciones críticas, al hecho de que el Estado, en cuanto unidad política, determine también por sí mismo al enemigo interno, mientras exista", SCHMITT, C. *El concepto de lo político*, Ed. Folios, Buenos Aires, 1984, p. 42.

"No sólo la norma" —señala JAKOBS— "precisa de un cimiento cognitivo. El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción frente al enemigo (...) Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho (...) a esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolklore de una cultura; o bien —y esta es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier otro instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más"[61].

La conclusión de JAKOBS es coherente con lo anteriormente expuesto: "si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más (...) Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella"[62].

Ciertamente, con la descripción que del enemigo de la sociedad da JAKOBS (por lo menos del visible, pues, desde la perspectiva jakobsiana puede resultar harto difícil encontrar quién no es realmente un enemigo con piel de cordero), la conclusión de este autor no puede más que ser compartida: el número de enemigos va a seguir aumentando progresivamente en los próximos tiempos. En idéntico sentido se muestra SILVA SÁNCHEZ, quien señala que, dada la actual tendencia de las legislaciones de la "perenne emergencia", no resulta aventurado pronosticar que "el círculo del Derecho penal de los enemigos tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer"[63].

No obstante, hay que poner de manifiesto que, a pesar de tachar de "ilegítima" la expansión del Derecho penal del enemigo, este autor no se

---

61 JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal..." cit., pp. 138 y 140.
62 JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal..." cit., p. 139.
63 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 2001, p. 167.

muestra, en principio, absolutamente contrario a la existencia de lo que él caracteriza como una "tercera velocidad" del Derecho penal (toda vez que no sólo se mantienen las penas privativas de libertad sino que también se flexibilizan —¡y de qué modo!— las garantías penales). En efecto, SILVA SÁNCHEZ indica que dicha opción por un Derecho penal del enemigo es "en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable"[64] y ello porque existen fenómenos como "la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado"[65], suponiendo una "negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia"[66].

Así planteada la cuestión, el Derecho penal del enemigo constituye una suerte de "Derecho de la guerra" en el que la sociedad "ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción", por ello, "tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal de la normalidad, seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un mal, éste pueda ser el mal menor"[67].

La posición que aquí se sustenta es, en todo caso, diametralmente opuesta a la de JAKOBS y a la, en todo caso más matizada, de SILVA SÁNCHEZ. En efecto, la acumulación de elementos contradictorios con las características que, a mi juicio, debe tener un Derecho penal que aspire a poder mantener tal nombre, es tal que el rechazo a un Derecho penal del enemigo sólo puede ser, en mi opinión, frontal.

En primer lugar, la apelación que hace SILVA SÁNCHEZ a criterios de proporcionalidad como posible límite de las regulaciones guiadas por el paradigma del enemigo parece escasamente productiva, puesto que la cuestión relevante es ¿proporcional *a qué*? Y, efectivamente, si el

---

64 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 2001, p. 164.
65 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 2001, p. 163.
66 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 2001, p. 165.
67 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., 2001, p. 166.

enemigo, con su conducta o con su falta de seguridad cognitiva[68], niega frontalmente los principios básicos de la vida en sociedad, ¿cuál pudiera ser la reacción *proporcional* a semejante negación —de índole, en muchas ocasiones, más simbólica que material—? Ciertamente, si el riesgo que el enemigo supone realmente fuese tal que socavase los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado, las consideraciones de proporcionalidad sobrarían en casi cualquier reacción penal frente a aquél.

Aquí, por lo demás, y siguiendo la estela de la argumentación del propio SILVA SÁNCHEZ analizada en el anterior apartado, sí puede decirse con toda claridad que la sensación de inseguridad es superior con creces al nivel *objetivo* de riesgo. Como con toda rotundidad señala CANCIO MELIÁ "entre los candidatos a enemigos de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible"[69].

---

[68] Subsiste la duda —de índole más bien filosófica— acerca de quién sea capaz de demostrar en todo momento que goza de la seguridad cognitiva suficiente como para poder seguir siendo aceptado como miembro de la sociedad, por una parte, y poder seguir siendo considerado como persona, por otra.

[69] CANCIO MELIÁ, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo... cit., p. 22. El caso del terrorismo es particularmente sangrante: la lucha antiterrorista se desarrolla en un plano simbólico del que tanto el Estado como el propio fenómeno terrorista se nutren insaciablemente. Escudándose en la supuesta capacidad del terrorismo para destruir sus cimientos, se produce a nivel penal una autonegación defensiva del propio Estado de Derecho, relegando al olvido que el Estado es un medio de convivencia y, por tanto, ni es un fin en sí mismo ni —al estilo hegeliano— una entidad racional en sí y para sí (sobre todo ello me remito a RAMOS VÁZQUEZ, "Terrorismo e intervención penal..." cit., pp. 100 y ss.).
Buena muestra de la mencionada actitud del legislador penal es la LO 7/2003 de 30 de junio (publicación en B. O. E. de 1 de julio de 2003), en cuya Exposición de Motivos se señala lo siguiente: "La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a cuarenta años, *desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas*. Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo

La expansión del Derecho penal en este punto, en consonancia con diagnóstico de SILVA SÁNCHEZ de las sociedades postindustriales, forzosamente habría de ser considerada intolerable.

Pero he aquí que las posibles líneas de crítica se multiplican: la división de los sujetos que componen la sociedad en *personas* y *no-personas*, susténtese en las teorías de LUHMANN o en cualesquiera otras, resulta perturbadora e intolerable cuando lo que está en juego es la reacción más gravosa que prevé el ordenamiento jurídico —si es que el Derecho penal sigue constituyendo una *ultima ratio* y no, definitivamente, la *unica ratio*—. La frontera entre quien es persona (capaz de representar un papel, de desempeñar una competencia socialmente comprensible[70]) y quien es enemigo (no-persona) no es todo lo nítida que JAKOBS pudiera pretender y, sin embargo, es ciertamente cristalina si lo que se tiene en cuenta es la propia dinámica intrasistemática y su *autopoiesis*.

Detengámonos un instante, a estos efectos, en la definición de enemigo que nos proporciona JAKOBS: *prima facie* pudiera parecer sugerente su visión, pero hay que tener muy presente que, como ha mostrado magníficamente GARCÍA AMADO, desde una perspectiva

---

social, político o profesional exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal" (destacado mío). Como puede observarse, se habla de "privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas" con una ligereza ante la que no cabe sino la mayor de las perplejidades. Lo que ya no es tan sorprendente es la razón que se esgrime como justificación a esta violación material de principios constitucionales: como se indica en el texto, la defensa del sistema democrático frente a la gravedad del ataque terrorista impone la adopción de "una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal", es decir, el legislador se mueve dentro de los parámetros justificativos típicos de un Derecho penal de excepción, con su configuración del antiterrorismo como un momento de lucha en el que, mediante un sofisma, se dice estar en juego el propio modo de convivencia democrático, de suerte que el binomio libertad-seguridad se resuelve decididamente a favor de este último. En suma, se trata de una muestra más de la incapacidad del legislador español para hacer frente al fenómeno terrorista sin perder los nervios, como indica CANCIO MELIÁ (CANCIO MELIÁ, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo..." cit., p. 26) o, simplemente de la capacidad simbólica (y de la rentabilidad electoral) que proporciona el Derecho penal cuando el Estado precisa garantizarse —una vez más— la lealtad de la comunidad social.

70 Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. (Traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 35.

luhmanniana "pura", al Derecho penal no le interesaría el ser humano de carne y hueso (y conciencia) sino que "sólo postula para él lo que le interesa para seguir cumpliendo su función de mecanismo ciego que no tiene más razón de ser que la de reducir complejidad"[71]. En este sentido, "al individuo no se le castigaría por ser como es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es"[72].

El problema, por consiguiente, estriba en aceptar una visión intrasistémica de la persona: esto es, aceptar que sea el sistema el que determine quién es persona y los presupuestos de la atribución de dicha condición; con el añadido de que, en la visión jakobsiana, la mayoría de los fenómenos que lleva aparejada la globalización pone en jaque la identidad normativa de la sociedad y el sistema en su conjunto. En efecto, JAKOBS se cuida mucho de resaltar cómo la destrucción del concepto de Estado-Nación o la falta de procesos identificativos comunitarios basados en la religión o la familia minan los cimientos del sistema social. PÉREZ DEL VALLE, por su parte, mostraba cómo el pluralismo cultural y social colapsa lo que él denomina "individualismo social", siendo así que el Derecho penal del enemigo no sería más que el medio del que goza para hacerle frente.

Observada del otro lado del espejo de la Dogmática penal, la teoría del Derecho penal del enemigo transita, a mi juicio, entre la absoluta vacuidad teórica y la más sibilina de las argumentaciones, asomándose sin complejos al abismo que bordea el frágil edificio del Estado democrático de Derecho.

En primer lugar, cabe preguntarse lo siguiente: ¿existe esa supuesta incapacidad del sistema liberal para hacer frente al pluralismo —tan peligroso en la visión de JAKOBS— o se trata simplemente de una incapacidad del sistema para controlar a sus súbditos en una situación como la actual? Aun en el supuesto de que, en efecto, el pluralismo cultural y político supere con creces la capacidad del sistema para abordarlo ¿es ello en sí mismo peligroso, más allá de la posible quiebra del *statu quo*? Es decir, ¿es legítimo, hasta el punto de implicar el nacimiento de una tercera velocidad del Derecho penal de característi-

---

71 GARCÍA AMADO, J. A., "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", DOXA, n.º 23, 2000, p. 255.

72 GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica?..." cit., p. 255.

cas bien perturbadoras, el mantenimiento del sistema y de su capacidad autorreferencial por encima —y a costa— de los sujetos (provengan de la tradición cultural o política que sea) y aun del propio concepto de persona?

En mi opinión, la discusión acerca de los anteriores interrogantes es contraproducente, puesto que sólo tiene sentido una pregunta allá donde tiene sentido dudar y, estando en juego semejantes cuestiones, la duda ya es, de por sí, perniciosa. Como señala MUÑOZ CONDE, "en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el "enemigo" ni nadie puede ser definido como 'no persona'"[73].

Puede argumentarse acerca de la debilidad del sistema liberal (sobre cuyas bondades, por cierto, no existe acuerdo, de suerte que la dicotomía que a veces se puede percibir en los partidarios de la teoría del Derecho penal del enemigo entre sistema liberal y caos no es más que un modo sibilino de crear falsas alternativas y, por ello, falsas necesidades de elección); puede argumentarse acerca de las inseguridades y vacilaciones propias de una sociedad en cambio; puede argumentarse, en fin, sobre infinidad de cuestiones relacionadas con todo lo aquí expuesto, pero no es posible argumentar acerca de la condición de no-personas ni de quien —supuestamente— puede poner en peligro la comunidad social, ni de ningún otro sujeto.

Lo que late en el fondo de toda esta cuestión es, sin duda, el eterno retorno al que en la introducción a este trabajo se hacía referencia: criterios de seguridad cognitiva sustituyen ahora a los clásicos criterios de peligrosidad, la pluralidad cultural y política a la ideología subversiva, pero lo que no varía es la función de (cierta) Dogmática penal, dedicada a otorgar prestancia —en el sentido señalado por el diccionario de "aspecto de distinción"— a la secular tendencia del Derecho penal a luchar contra el "desviado", lucha que, en puridad, no es la suya. "Por eso", señala MUÑOZ CONDE, "en la medida en que el planteamiento funcionalista de JAKOBS también sea compatible con sistemas políticos dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político-criminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídico-penal en un instru-

[73] MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 75.

mento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos"[74].

En suma, la cuestión del Derecho penal del enemigo se disuelve desde un punto de vista teórico observando cómo, a la postre, tan sólo constituye una coartada dogmática o una pretensión de normalización de lo que no es sino un injerto absolutamente contrario al sentido y la función del Derecho penal. Señala en este sentido CANCIO MELIÁ que "precisamente desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del "enemigo" mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal"[75].

No obstante, indica a continuación este mismo autor que el concepto de Derecho penal del enemigo sí puede reportar una utilidad a la ciencia penal, toda vez que "puede ser un instrumento para identificar y describir sectores del ordenamiento penal actualmente existente que son algo más que indeseables e ineficaces, que son incoherentes, para distinguir de modo crítico lo que es verdadero Derecho penal de lo que sólo se llama así"[76].

En mi opinión, la construcción del "Derecho penal del enemigo" ni tan siquiera puede cumplir la función que señala CANCIO MELIÁ, puesto que se trata, en todo caso, de una "metáfora engañosa" (como indica certeramente SCHÜNEMANN[77]), de una nueva categoría que, como el *Deus ex machina* de los clásicos teatrales, entra en escena para realizar la complicada misión de resolver los extraordinariamente complicados problemas de imputación (y de legitimación) de las legislaciones penales de nuestro tiempo[78], resolviéndolos, por supuesto, del modo más desfavorable para la cada vez más angosta esfera de libertad de los ciudadanos.

En conclusión, nada de todo lo dicho en este apartado dejaría de ser un "prurito académico" —si se me permite la expresión— sobre concep-

---

74 MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger...* cit., p. 75.

75 CANCIO MELIÁ, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo..." cit., p. 23.

76 CANCIO MELIÁ, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo..." cit., p. 23.

77 SCHÜNEMANN, B., "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendende", *Goltdammer's Archiv*, 5, mayo 2001, p. 212.

78 SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft..." cit., p. 212.

tos tan difusos como "seguridad cognitiva" o "individualismo social" si no fuese porque constituye el manto teórico de regulaciones abiertamente contrarias a los principios más básicos del Derecho penal, antes incontrovertidos y ahora absolutamente subordinados a la efectiva *debellatio* de quienes el sistema no tolera como personas.

IV. EL LENGUAJE DEL ENEMIGO

1. Consideraciones previsas

El legislador español se ha decidido (una vez más) a reformar el Título VIII del Libro II del Código penal —*De los delitos contra la libertad e integridad sexuales*[79]— inscribiéndose dicha modificación en una reforma extensa (e intensa) del ya caduco —en opinión del legislador— Código penal de 1995.

La regulación de los delitos sexuales ha constituido siempre un lugar de encuentro entre los grupos de presión mediáticos, las crecientes demandas de criminalización de los ciudadanos y el solícito legislador penal, quien encuentra en dicha especie delictiva y sus sucesivas reformas un interesante medio para garantizarse el aplauso de la sociedad. Así, en esta materia, como en tantas otras (y éste es uno de los signos de los nuevos —o no tan nuevos— tiempos que corren para el Derecho penal) los grupos de presión mediáticos han venido a sustituir a los grupos de presión expertos, como ha expuesto excelentemente DÍEZ RIPOLLÉS.

Dicho autor señala lo siguiente: "se otorga la hegemonía en casi toda la fase prelegislativa a un único agente social, el grupo de presión mediático, dada la capacidad que ya tiene de influir, en la primera etapa, en la puesta de relieve del desajuste social, y la frecuencia con la que juega un papel importante en la siguiente etapa, de aparición de un malestar social. Se abre una importante brecha en la limitada autonomía que conviene mantener entre la fase prelegislativa y la legislativa, debido a la especial facilidad con que los grupos de presión políticos y parlamentarios pueden incidir sobre los contenidos de la opinión públi-

[79] Rúbrica del Título VIII tras su reforma por LO 11/1999 de 30 de abril.

ca, condicionando el flujo de información o mediante el control directo o indirecto de los detentadores de los medios"[80].

Y, precisamente, como ejemplo de este control mediático de la etapa prelegislativa en nuestro país, indica DÍEZ RIPOLLÉS la propuesta de considerar que la introducción bucal, anal o vaginal de partes del cuerpo (como, v.gr., los dedos) son subsumibles en el tipo agravado de las agresiones y abusos sexuales[81].

Pues bien, el Anteproyecto de reforma del Código penal que aquí se estudiará incluye una modificación de los tipos contenidos en los artículos 179, 182.1 y 183.2, en el sentido de incluir una novedosa mención en los tipos descritos en los mismos, cual es la de "introducción de miembros corporales"[82].

El trasfondo de dicha reforma hay que hallarlo, por supuesto, en la discusión que se ha suscitado en la doctrina científica y en la jurisprudencia acerca de la aplicabilidad del elemento típico "introducción de objetos" (presente en los subtipos previstos en los mencionados artículos 179, 182.1 y 183.2) a conductas en las que lo introducido en las dos vías previstas (vaginal y anal) es dudoso que sea un objeto en el sentido del antedicho elemento (v.gr. los dedos o la lengua).

Así, por ejemplo, mantienen que no pueden conceptuarse como "objeto" las partes del cuerpo humano a los efectos de los subtipos agravados de las

---

80 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 35.

81 DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...* cit., p. 35.

82 El art. 179 del Código penal, a tenor del Anteproyecto comentado, quedará redactado del siguiente modo: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años".
El artículo 182.1, por su parte, tendría la siguiente redacción:
"1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años".
Por último, el artículo 183.2 pasaría a ser del siguiente tenor literal:
"2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código".

agresiones sexuales y los abusos sexuales ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, quienes señalan que por "objeto" a los efectos de estos preceptos ha de entenderse "todo cuerpo sólido que por su tamaño y forma idónea resulte apto para la introducción por dichas vías, en cierto modo como un sustitutivo del órgano genital masculino, y que además sea adecuado para dar algún significado sexual al hecho de su introducción, habida cuenta de que estamos ante un delito del Título VIII"[83].

Idéntica opinión sustentan, en lo que a la inaptitud de las partes del cuerpo humano para cumplir el supuesto de hecho de los artículos 179, 182.1 y 183.2 se refiere, ZUGALDÍA ESPINAR[84] o QUERALT JIMÉNEZ[85], entre otros.

Sin embargo, a pesar de que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias mantenían dicha opinión[86] —sustentada, por lo demás, en razones hermenéuticas en absoluto descabelladas[87]—, los grupos de presión

---

83 ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 99. El segundo de los mencionados autores ya había apuntado en obras anteriores una definición semejante de "objeto", aunque añadiendo que "ha de representar para el sujeto activo un sustitutivo psicológico del falo" (Vid. SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 103).

84 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Propuesta de regulación de los delitos contra la libertad sexual", presentada en el *Curso sobre propuestas para la reforma penal*, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 18 a 23 de febrero de 1991, p. 20, según cita de ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...* cit., p. 99.

85 QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 140.

86 Sin embargo, otro sector doctrinal, entre los que podría encuadrarse, a título de ejemplo, a MUÑOZ CONDE (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 207) mantienen que pueden ser considerados como objetos en el sentido de los diversos tipos del Título VIII partes del cuerpo humano, como señaladamente los dedos, opinión compartida, en alguna sentencia, por el propio Tribunal Supremo (aunque mayoritariamente, como se señala en el texto, la jurisprudencia tiende a no aplicar el tipo cualificado en el supuesto de penetración digital: vid. v.gr. la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994, citada por ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN, T. S./ BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte general.*, 2.ª ed. conforme al Código penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 202).

87 En efecto, las partes del cuerpo humano (por lo menos en tanto en cuanto permanezcan unidas a éste) no son, por definición, objeto alguno, puesto que objeto en su sentido más propio es todo aquello que se halla fuera del cuerpo humano.

mediática, escandalizados ante semejante interpretación de los mencionados tipos, han logrado que el legislador incluya en el Anteproyecto su reforma, justificándola en la Exposición de Motivos con una contundente razón: "se perfecciona, *para evitar interpretaciones erróneas*, la descripción de los tipos contra la libertad e indemnidad sexuales". Es decir, no sólo se produce la reforma de los antedichos tipos a despecho de doctrina y jurisprudencia, sino que, además, el legislador no tiene empacho en indicar que esa interpretación es, sin más, errónea; de suerte que la sustitución de los grupos de presión expertos por los grupos de presión mediáticos sobre la que nos alertaba DÍEZ RIPOLLÉS es ya total y viene acompañada en el presente caso de una descalificación de la doctrina absolutamente intolerable en cualquier legislador cabal[88].

Más allá de todo ello se sitúa la reforma de los delitos sexuales en los que se hallan implicados menores y de los que nos ocuparemos inmediatamente: en la reforma planteada en el Anteproyecto se percibe no sólo la huella de una presión mediática centrada en la figura del pedófilo sino también la tendencia del legislador a utilizar más un Derecho penal del enemigo que un Derecho penal de los ciudadanos —por utilizar la terminología de JAKOBS—, convirtiendo el Derecho penal en un arma de lucha contra el pedófilo, contra el "desviado sexual".

Como enseguida se mostrará, la preocupación del legislador es, básicamente, perseguir conductas relacionadas con la pornografía infantil hasta límites intolerables en un Estado de Derecho respetuoso con principios penales tan básicos como el de *ultima ratio* o el de exclusiva protección de bienes jurídicos; es decir, un Estado en el que el Derecho penal no haga suyas las características de aquél utilizado para combatir

---

[88] Por otra parte, hay que llamar la atención acerca de los problemas interpretativos que puede ocasionar la cláusula "introducción de miembros corporales". En efecto, con la ayuda del diccionario de la lengua española llegamos a la conclusión de que "miembro" tiene como acepción principal "cualquiera de las extremidades del hombre o de los animales articuladas con el tronco" (Vid. *Diccionario de la Real Academia de la lengua española*, 20.ª ed., Tomo II, 1989, p. 907) asimilándola a las extremidades, esto es, a los brazos y a las piernas (en casi idéntico sentido se pronuncia MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, 2.ª ed. Ed. Gredos, Madrid, 1999, p. 304).
Así las cosas, desde un estricto punto de vista lingüístico la reforma alcanza un sentido ciertamente esperpéntico: la conducta típica consistirá *stricto sensu* en la introducción de alguna de las extremidades del cuerpo humano por vía anal o vaginal.

frente a quien constituye un enemigo de la sociedad y, por tanto, una no-persona.

2. *El Derecho penal del "desviado": La reforma del artículo 189 del Código penal*

Es ésta, sin duda, la reforma más relevante de todas las previstas en el Anteproyecto de reforma del Código penal aquí comentado en lo que al Título VIII se refiere: no en vano las modificaciones previstas en el artículo 189, como enseguida se mostrará, son amplias y de muy diverso alcance: cambios en la redacción típica, aumento de la penalidad, introducción de nuevos tipos y de nuevas circunstancias agravantes etc..

Ello, ya *a limine*, parece altamente criticable, puesto que la redacción que se pretende otorgar al mencionado artículo 189 es prolija hasta el extremo. Se reproduce seguidamente dicho nuevo tenor literal:

"1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ya sean públicos o privados, o para la elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en cuya elaboración hubiesen sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el número 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilicen a niños menores de trece años;

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio;

c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico;

d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual;

e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades;

f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

6. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años, el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los párrafos anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

Transcrito el nuevo artículo 189 (siempre, por supuesto, que llegue a materializarse la reforma planeada), parece inobjetable la crítica a tan procelosa redacción, la cual responde a una sencilla razón: como inmediatamente se indicará, el legislador, en su persecución de quien involucra a menores en conductas sexuales (uno de los "enemigos visibles" de la sociedad), ha decidido plantear una "solución final" —si se me permite

la expresión— consistente en criminalizar la práctica totalidad de las conductas imaginables en este sentido, muchas de las cuales son, sin duda, socialmente inaceptadas pero no jurídico-penalmente reprobables, toda vez que lo socialmente reprochable y lo penalmente reprochable no son, en modo alguno, conceptos equivalentes.

Pero pasemos seguidamente a examinar la reforma del artículo 189 en todos sus extremos:

En primer lugar, hay que indicar que los apartados 5 y 6 del precepto no han sido objeto de variación alguna respecto de la actualmente vigente, por lo que nada cabe señalar al respecto. Lo mismo se puede decir del apartado 4 (que tipifica el denominado delito de "corrupción de menores"), que es reformado a los meros efectos de aumentar —de manera, por lo demás, mínima, pues sólo alcanza a la pena de multa— la pena aparejada a la realización de dicha conducta.

En segundo lugar, en cuanto al 189.1, es preciso realizar una serie de consideraciones:

La penalidad prevista en el mencionado precepto —y aplicable a los supuestos de los apartados a) y b)— aumenta ligeramente, pasando de los 1 a 3 años de prisión actuales a 1 a 4 años de prisión, reforma a la que es complicado encontrarle justificación, puesto que el aumento de la pena es mínimo y no parecen existir razones político-criminales de ningún tipo que lo avalen (algo predicable, por cierto, de la práctica totalidad del Anteproyecto).

En lo que respecta a los apartados a) y b) del art. 189.1, las modificaciones previstas alcanzan sólo a la redacción típica (cumpliéndose por una vez lo que el legislador indicaba en la Exposición de motivos[89]), pero las mismas van a provocar variaciones significativas en el sentido de algunas de las menciones contenidas en los apartados mencionados.

En efecto, hay que notar, en primer término, que el legislador propone alterar la actual dicción "en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados" por otra que reza "en espectáculos

[89] Recuérdese que el legislador señala en la Exposición de motivos del comentado Anteproyecto que "se perfecciona, para evitar interpretaciones erróneas, la descripción de los tipos contra la libertad e indemnidad sexuales", es decir, la única razón (confesada) del legislador para la reforma del Título VIII es puramente hermenéutica.

exhibicionistas o pornográficos, ya sean públicos o privados". Es ésta una reforma sin sentido aparente, toda vez que la formulación "tanto... como..." y la formulación "sean... o..." son perfectamente sinónimas y, por tanto, el sentido es idéntico en ambos casos[90].

Más relevancia tiene, en segundo término, la modificación del actual inciso del apartado b) "el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o **facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico**" por "el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o **facilitare por cualquier medio material pornográfico**" (destacado mío).

La reforma de este apartado b), contrariamente a lo que sucede con la del apartado a) que se acaba de transcribir, sí supone un notable cambio del sentido del precepto, dado que el objeto de la conducta de facilitación a la que se hace referencia (y, sintácticamente, objeto directo de la oración) pasa de ser cualquiera de las conductas descritas de venta, producción, distribución o exhibición a ser el propio material pornográfico en cuya realización se hayan utilizado menores o incapaces.

La transformación del objeto de la conducta típica de facilitación no es en absoluto baladí y puede tener consecuencias significativas muy alejadas de la previsión del legislador. En efecto, si en la *mens legislatoris* se hallaba la intención de ampliar los contornos del artículo 189.1.b) —acorde con el recrudecimiento punitivo que se plantea en el Anteproyecto en toda esta materia de los delitos sexuales y con la lucha entablada frente al pedófilo—, lo cierto es que con la nueva redacción de dicho precepto existe una menor *extensio* típica: la facilitación de la producción, venta, distribución o exhibición de material pornográfico es una conducta de contornos más amplios que la mera facilitación del propio material pornográfico, siempre que esta última quede bien entendida.

Ello se debe a que en la primera de las conductas mencionadas tienen cabida una gran diversidad de comportamientos, de suerte que la doctrina[91] ha tenido que delimitar con cautela la órbita típica para evitar

---

90 Efectivamente, no alcanzo a ver cuál es exactamente la intención del legislador con ese cambio puramente sintáctico que, semánticamente —y, por tanto, penalmente—, carece de toda relevancia.

91 Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 128 y ss. y ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 253 y ss.

la vulneración de principios penales básicos como el de proporcionalidad y el de taxatividad.

Sin embargo, la facilitación de material pornográfico, en contra de lo que quizá el legislador ha considerado, es un comportamiento mucho más taxativo en cuanto a sus modalidades de realización. De este modo, si pudiera haber dudas, con la actual redacción del artículo 189.1.b), de si son punibles en virtud del mismo o no conductas que, de no existir en dicho precepto la referencia a la facilitación de la venta, distribución, producción o exhibición se conceptuarían como de cooperación necesaria en las mismas pero que, a su vez, no suponen contacto alguno con el propio material pornográfico, con la proyectada redacción antes transcrita, la respuesta ha de ser, necesariamente, negativa.

En efecto, la facilitación del material pornográfico exige, por supuesto, el contacto con el mismo y una acción de proporcionar o entregar a otro sujeto dicho material de contenido pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces, dado que la reforma de la dicción del artículo 189.1.b) provoca que en el mismo el verbo típico "facilitar" adquiera un uso anfibológico: facilitar una conducta supone hacerla *menos gravosa, más sencilla*[92], *mientras que facilitar un objeto* (en este caso "material pornográfico") significa proporcionarlo o entregarlo a otro[93]. La semántica, en este sentido, ha jugado en contra del legislador[94].

Por tanto, a pesar de lo que pudiese parecer, lo cierto es que la amplitud típica que actualmente puede detraerse del artículo 189.1.b) se ha visto reducida y los problemas interpretativos que la referencia a la facilitación de conductas provocaba desaparecen.

En tercer lugar, el artículo 189.3 establece seis circunstancias agravatorias de las conductas descritas en el 189.1 —tanto en su apartado a) como en su apartado b)—, de las cuales sólo la de pertenencia

---

92 Tal es la acepción propia de este término en lo que a este contexto se refiere. Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española...* cit., p. 626.

93 Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española...* cit., ibídem.

94 Presumo *iuris et de iure*, si se me permite la expresión, que, dado el carácter de la mayoría de las reformas emprendidas por el legislador en el Anteproyecto y dada la parquedad con la que se justifican en la Exposición de motivos, el legislador pretendía una ampliación del ámbito de aplicación del precepto aquí comentado, algo que, como se señala en el texto, no se va a producir, si mi interpretación de la nueva dicción típica es correcta.

a una asociación dedicada a dichas actividades existe ya en la regulación hasta ahora vigente, siendo las otras cinco, por tanto, de nueva introducción en dicho precepto. Analicémoslas:

La primera de las circunstancias agravantes estriba en que el menor tenga menos de trece años. La razón de dicha agravación de la pena es obvia y se sustenta en la mayor gravedad del hecho típico por razón de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo y su mayor necesidad de protección penal. El problema reside, por supuesto, y como casi siempre en estos supuestos, en la determinación de la edad del sujeto utilizado en la creación del material pornográfico, algo nada fácil en muchas ocasiones (v.gr. si el material procede del extranjero)[95].

Una razón complementaria a la anterior es la que sustenta la circunstancia agravante del art. 189.3.f), pues en este caso la mayor pena deviene de la especial relación del sujeto activo con el menor o incapaz utilizado en la elaboración del material pornográfico. Quizá la mención a "persona encargada del menor o incapaz" resulte un tanto inconcreta, no obstante lo cual ninguna tacha relevante puede ser opuesta a esta circunstancia.

Las circunstancias b) y d) también tienen elementos comunes, puesto que en ellas la agravación penológica deviene del especial carácter de la acción representada en el material pornográfico, por ser actos de carácter especialmente degradante o vejatorio o actos de violencia física o sexual.

Sin embargo, considero que el legislador no se muestra afortunado con la redacción (y quizá ni siquiera con la oportunidad) de estas agravantes de los apartados b) y d) del 189.1.

La razón es la siguiente: mientras que la circunstancia b) viene referida a "los hechos", la circunstancia d) viene referida al "material pornográfico", por lo que si los actos de violencia física o sexual se producen en un espectáculo exhibicionista o pornográfico [primer inciso del artículo 189.1. a)] la agravante no resulta de aplicación, por imperativo del principio de tipicidad. Por otra parte, el concepto "violencia sexual" tampoco tiene un contorno demasiado preciso y puede provocar ciertas dudas interpretativas en materia concursal.

---

95 Vid. en este sentido, ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...* cit., pp. 255 y 256.

Ninguna novedad de interés supone la circunstancia incluida en el apartado c), relativa al valor económico del material pornográfico, la cual no merece mayor crítica que la que se puede oponer a todas las agravaciones por el valor económico del material incautado existentes en la legislación penal española, lo cual excede, por supuesto, del objeto del presente trabajo.

Por último, restan por analizar los apartados 2, 7 y 8, el estudio de los cuales se ha pospuesto hasta este momento en tanto en cuanto suponen la introducción de dos tipos de nuevo cuño y una nueva precisión de índole penológica.

Comenzando por esta última, dado que muy poco se puede decir de la misma, no está de más que el legislador prevea, efectivamente, la posibilidad de imponer las medidas previstas en el artículo 129 en los supuestos contemplados en este artículo 189, toda vez que, como es sabido, dichas medidas sólo pueden ser impuestas mediando previsión legal expresa en el Código. Nada que reprochar en cuanto a la técnica legislativa ni, por supuesto, a la introducción (lógica y fundada) de esta posibilidad respecto de las conductas del artículo 189 cometidas al amparo de una organización.

Más tachas hay que oponer al art. 189.2, que castiga la mera tenencia para uso propio de material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores e incapaces y al art. 189.7 que castiga —aunque, como se señalará más adelante, la redacción típica es un tanto oscura— supuestos de "pseudo-pornografía". Aquí, la persecución del pedófilo supera los límites admisibles en un Derecho penal democrático, entroncando con regulaciones propias, efectivamente, de un "Derecho penal del enemigo".

En cuanto al artículo 189.2, se opta por castigar a quien posee material de pornografía en el que se han utilizado menores o incapaces sin afán alguno de posteriormente venderlo, exhibirlo etc. (en cuyo caso concurriría el delito del apartado 1 b) *in fine* de este mismo precepto), sino para su propio uso.

La penalización de esta conducta ha sido objeto de viva controversia en la doctrina, tomando decididamente partido el legislador por la posición de penalistas como GIMBERNAT ORDEIG, quien se ha mostrado meridianamente a favor de la tipificación como delito de la mencionada conducta[96].

---

[96] GIMBERNAT ORDEIG, E., "La reforma de los delitos sexuales", en el Prólogo al *Código penal*, 5.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 18 y 19.

El razonamiento de este autor se desarrolla a través de las siguientes líneas maestras:

"Estamos ante un comportamiento estructuralmente semejante al clásico delito de receptación (...) ya que la razón por la cual esa conducta se considera punible reside, por una parte, en que el receptador ataca el mismo bien jurídico (la propiedad) que el delincuente originario (...) y, por otra, en consideraciones de prevención general, ya que el perista supone un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad (...) De la misma manera, el adquirente de pornografía infantil, por una parte, y cada que pasa en el vídeo las imágenes reproducidas (a veces de menores de cinco o seis años o, incluso, de bebés) perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente y por otra parte contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante "industria" que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquélla sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores".

Dicha argumentación es criticada por autores como TAMARIT SUMALLA, sobre la base del principio de intervención mínima y de la no exacta analogía existente, como GIMBERNAT supone, entre el delito aquí comentado y el de receptación[97].

A mi juicio, la punición de este tipo de comportamientos es intolerable desde la óptica del Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho, por las razones que siguen.

En primer lugar, bastaría traer a colación el principio de intervención mínima que el propio TAMARIT SUMALLA menciona para criticar duramente la opción del legislador por la tipificación de la posesión para propio uso de material pornográfico de menores. En efecto, amén de que, como indican MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, los eventuales déficits de protección del bien jurídico que pudieran surgir de la no penalización de estas conductas resultan más asumibles que los costes de una amplia penalización como la planteada en el Anteproyecto en el art. 189.2[98], cabe plantearse asimismo si realmente existe en dichas

---

97 Delito en el cual, por ejemplo y entre otras cosas, el ánimo de lucro es fundamental, como Tamarit muy bien indica. Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, *La protección penal del menor*... cit., pp. 128 y 129.

98 MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 291.

conductas una auténtica lesividad respecto del bien jurídico protegido en dicho precepto, algo, en mi opinión de lo más dudoso.

Desde este punto de vista, cabe preguntarse qué bien jurídico es el que, a la postre, resulta afectado por la conducta descrita en el 189.2.

Desde luego, parece que lo único que es posible argumentar a favor de la lesividad de dicho comportamiento es lo señalado por GIMBERNAT transcrito más arriba. Sin embargo, no parece convincente semejante argumentación: en primer lugar, merece ser reseñado que, por supuesto, los hechos que aparecen representados en el material pornográfico pueden ser terribles, e involucrar a niños de muy corta edad, como GIMBERNAT pone de manifiesto. No obstante, la repulsión que dichos comportamientos produzcan no debe representar un argumento a favor de la penalización de quien, sin haber participado en los hechos grabados, satisfaga sus impulsos sexuales visionándolos.

En mi opinión, argumentos de índole emocional, si se me permite la expresión, deben quedar fuera de la reflexión penal, pues de lo contrario, como considero que sucede en el presente caso, se castiga una tendencia sexual (o trastorno sexual, o parafilia[99]) en vez de una auténtica lesión de un bien jurídico.

Aquí la impronta del Derecho penal del enemigo se hace palpable: el vacío provocado por la inexistencia de un auténtico bien jurídico-penalmente relevante en este tipo es cubierto por razones prácticas de persecución de quien tiene una tendencia sexual como la pedofilia; la cual, por muy aberrante que pueda parecer, no es *per se*, esto es, en cuanto tal tendencia, una conducta susceptible de merecer sanción penal.

En este sentido, la razón esgrimida por GIMBERNAT según la que este comportamiento "perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente y por otra parte contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante 'industria'" no es en absoluto convincente.

---

[99] Ciertamente, un comportamiento como el descrito en el art. 189. 2 puede ser denominado, desde el punto de vista de la psiquiatría clínica de una diversidad de maneras. Vid. el documentado comentario de TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor...* cit., pp. 27 a 30.

En primer lugar, la perpetuación que este penalista invoca es puramente simbólica. Perpetuar es "hacer perpetuo o perdurable algo" o "dar a las cosas una larga duración" y ambas cosas respecto del ataque al bien jurídico (o a los bienes jurídicos) de los menores o incapaces por parte de quien visiona el mismo no deja de ser una mera abstracción sin relevancia penal alguna, puesto que la reiteración de la visión por parte de un sujeto de la representación de un ataque a un bien jurídico en nada afecta a este último.

Por otra parte, como muy bien indica TAMARIT SUMALLA, "es importante evitar en este tema una visión focalizada en los delitos sexuales. No se entiende muy bien por qué debería castigarse la mera difusión de pornografía infantil y no la de otros materiales de este género en la que conste la reproducción de un hecho delictivo real (así, por ejemplo, un homicidio, torturas o agresiones o abusos sexuales), como sucedería en los supuestos denominados "serie SNAF". La difusión de pornografía infantil no debería tener entidad delictiva más allá de la violación de la intimidad y la propia imagen del menor"[100].

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, en contra de lo que GIMBERNAT presupone, quien realice la conducta descrita en el artículo comentado no tiene por qué mantener ninguna industria, puesto que no es preciso (posiblemente ni siquiera sea así de manera mayoritaria) que la actividad de filmación esté preordenada a la venta y posterior obtención de beneficios. Piénsese que el precepto no requiere en ningún momento que el material pornográfico haya sido comprado y que es muy posible que se tengan que juzgar supuestos en los que el sujeto activo del delito haya obtenido el material a través de internet sin mediar contraprestación económica alguna —las redes de intercambio no lucrativo de material de este tipo son una indudable realidad criminológica—.

Pero más allá de todo ello, el problema estriba, como hemos señalado, en la nula incidencia que la posesión para propio uso de material pornográfico tiene sobre ningún bien jurídico-penalmente relevante.

---

[100] Vid. TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor...* cit., p. 187. En el caso de la llamada por este autor "serie SNAF", parece preferible la denominación "serie snuff". Vid. "snuff film/ snuff movie" en *Diccionario Collins. Español-Inglés / English-Spanish*, 6.ª ed., Ed. Grijalbo, Barcelona, 2000, p. 1889.

Aún así, dado que el legislador se ha decidido por la penalización de esta conducta, todavía cabe hacer un par de apreciaciones más, dentro ya de lo que es la propia redacción típica.

La primera es la dificultad de delimitar qué supuestos son de posesión "para uso propio", dado que puede derivarse en una cierta presunción de que la posesión lo es siempre para su uso, cuando puede suceder que se posea de manera casual material de dicha índole. En todo caso, es probable que, en la práctica, se opere con una ilegítima inversión de la carga de la prueba.

La segunda apreciación es que la conducta típica de "poseer", al contrario de lo que pudiese a simple vista parecer, plantea más de una dificultad. En efecto, si conceptuamos la posesión como la tenencia material del material pornográfico en cuya realización hayan sido utilizados menores o incapaces, quedan excluidas del tipo los comportamientos de consulta de páginas pornográficas ilícitas, dado que en este supuesto no existe tenencia material alguna, sino un mero contacto visual.

Tan sólo, pues, si el sujeto decide guardar en un soporte informático (disco duro, cd-rom etc.) el material pornográfico, encajará su conducta en el nuevo tipo del artículo 189.2, puesto que se tratará, aquí sí, de un supuesto de "posesión" siquiera sea *lato sensu*[101].

Esto último motiva dos ulteriores consideraciones:

En primer lugar, cabe preguntarse por qué el legislador, tan preocupado por la penalización de todo lo relacionado con este tipo de conductas y, sobre todo, con todo lo relacionado con el material pornográfico de menores, no ha penado expresamente (pues, en principio, no puede inferirse otra cosa de los términos típicos) la consulta de pornografía de esta índole a través de internet[102].

---

[101] Contrariamente a lo mantenido en el texto, considerando que la descarga a disco duro de imágenes no supone posesión, se pronuncian MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios a la Parte especial...* cit., p. 375.

[102] Resulta dudoso que el legislador pretendiese tal exclusión, la cual supondría, por una vez, cierto respeto por el principio de intervención mínima, algo verdaderamente inusitado en el Anteproyecto aquí comentado.
Asimismo, merece reseñarse que, de ser la interpretación mantenida en el texto correcta, ello supondría también una contradicción con la tesis de GIMBERNAT de

En segundo lugar, es muy probable que los Tribunales primen una interpretación teleológica de este precepto y lleguen a considerar (como ha sucedido con los delitos relativos a las drogas tóxicas) que el visionado de pornografía de menores a través de internet constituye una suerte de "posesión espiritual" de posible subsunción en el supuesto de hecho descrito en este desafortunado artículo 189.2. La seguridad jurídica y el principio de tipicidad estricta van a ser sometidos, a buen seguro, a una dura prueba en esta materia por parte de los tribunales.

Por último, sólo resta el análisis del apartado 7 de la nueva redacción del artículo 189, el cual tiene un contenido típico prácticamente idéntico al del apartado 1.b) del mismo precepto, con un par de salvedades: que en la realización del material pornográfico no se hayan utilizado directamente menores o incapaces y que no resulta punible la posesión de dicho material para los consabidos fines de producción, venta, distribución y exhibición, como sí ocurre en el art. 189.1.b)[103].

Así pues, lo que supone el nuevo artículo 189.7 no es sino la penalización de la denominada *pseudo-pornografía*[104].

Nuevamente, el principio de *ultima ratio* se torna un argumento decisivo en orden a criticar semejante tipificación, aunque no faltan autores en la doctrina que abogan por la incriminación de este tipo de comportamientos.

Así, p. ej., MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO señalan que "la imposibilidad técnica, en estos casos, de distinguir la participación real del menor de su participación virtual aconseja la punición de tales conductas, por lo demás también justificada desde el punto de vista de una lesividad material que no se explica por el puro atentado a la

---

la "perpetuación del ataque al bien jurídico", toda vez que la consulta en internet de una página con contenido pornográfico en el que estén involucrados menores o incapaces también, en principio, perpetuaría dicho ataque, mientras que, como vemos, el legislador (o la redacción típica, en contra de la voluntad de éste) la ha excluido, cuando, desde esos parámetros, debiera haberla incriminado.

[103] La razón de esta exclusión habrá que encontrarla, de nuevo, en el principio de intervención mínima, aunque éste, en buena lógica, debiera haber impedido la propia incriminación de la conducta descrita en el art. 189. 7.

[104] Conviene distinguir entre esta "pseudopornografía", consistente en la manipulación e introducción en contextos pornográficos de imágenes reales de menores y la "pornografía virtual", en la que el menor supuestamente representado, de hecho, no existe.

libertad sexual (...) la tutela penal del menor en esta esfera se vincula, de este modo, más a la idea de dignidad del menor que propiamente a su libertad o indemnidad reales"[105].

Efectivamente, lo lesionado es la dignidad del menor, puesto que su libertad o indemnidad sexuales *reales* no se ven en absoluto afectadas. Pero para la adecuada protección de ese bien jurídico, ya se contaba en el Código penal con tipos específicos, amén de que, como señala TAMARIT SUMALLA, la incorporación de un tipo semejante dentro del Título VIII no deja de causar más de una duda sistemática[106].

De todos modos, lo que sí queda claro con este nuevo apartado es la tipicidad de estas conductas, las cuales vienen siendo encajadas en el apartado 1.a) por una parte de la doctrina[107], algo criticado por otro sector que considera que al no existir realmente la introducción de un menor en un contexto sexual del que luego se derivará el material pornográfico, mal puede verse afectado el bien jurídico protegido más allá de lo indicado acerca de la protección de su dignidad, intimidad o propia imagen a través de los tipos ya existentes[108].

Esta última opinión es, a mi juicio, la más convincente: la conducta descrita en el art. 189.7 carece de la necesaria virtualidad lesiva respecto de los bienes jurídicos protegidos en este Título VIII, convirtiéndose en un precepto cuya necesidad es, como mínimo, dudosa, al existir preceptos que ya protegen la dignidad del menor frente a atentados de esta índole, sin que parezca preciso introducir especialidad alguna por tratarse de material pornográfico, más allá del desmedido afán punitivo del legislador (rozando la simple "paranoia legislativa", si se me permite la expresión) respecto de todas las conductas que, aunque sea de manera muy tangencial, versen sobre ese objeto.

En cuanto a la propia dicción típica, una nueva tacha cabe oponer al legislador: en efecto, se habla de emplear "su voz o imagen alterada o

---

105 MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios a la Parte especial...* cit., p. 372.

106 TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor...* cit., p. 126.

107 MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios a la Parte especial...* cit., p. 372, y en cierta medida TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor...* cit., p. 126.

108 Vid., por ejemplo, ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...* cit., pp. 255 y 256.

modificada"[109], cuando la mera alteración de la voz de un menor —haciéndole decir, p. ej., procacidades o expresiones de contenido sexual— siempre y cuando la imagen no tenga dicho contenido no parece tener la virtualidad de convertir material no pornográfico en uno de esta índole. De este modo, parece que la mención a la alteración de la voz es prácticamente huera, toda vez que, salvo que la grabación visual sobre la que se produce la alteración de la voz incluya, v.gr., la imagen del menor o incapaz en cuestión desnudo, es prácticamente imposible que se pueda considerar material pornográfico una grabación visual de un menor en la que se introduzca una voz profiriendo expresiones de contenido sexual.

Si la mención a la voz parece virtualmente inaplicable dada la mención en el tipo a "material pornográfico", cualidad que difícilmente puede predicarse de grabaciones como las antes referenciadas, más absurdo sería que el legislador estuviese pensando en grabaciones puramente sonoras realizadas con voz alterada de menores y de contenido sexual, dado que el propio término pornográfico excluye de su ámbito las grabaciones meramente sonoras, sin representación gráfica alguna.

En suma, un nuevo desliz del legislador, el cual no sólo va más allá de lo permitido por el principio de intervención mínima y tipicidad estricta sino que también, en su afán tipificador, no tiene empacho en crear una auténtica inflación de conductas referidas a la pornografía de menores e incapaces, muchas de cuyas menciones, bien analizadas, carecen de todo sentido o, en el mejor de los casos, de toda virtualidad práctica (a salvo siempre de la interpretación que la praxis jurisprudencial dé en el futuro a estos tipos).

Queda así analizado, por tanto, el nuevo artículo 189, por lo menos en sus líneas maestras. La conclusión que del mismo puede extraerse es la que antes se había adelantado: la reforma del Código penal planteada por el Anteproyecto estudiado en estas páginas debe inscribirse en un tendencia legislativa de signo ideológico reaccionario y con un nulo respeto por las exigencias dimanantes del Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho. Las políticas neoliberales en el ámbito

[109] Por cierto que la duplicidad de adjetivos "alterada o modificada" resulta en buena medida innecesaria, dado que se trata de dos palabras con un campo semántico prácticamente idéntico.

económico y las políticas de Ley y orden en el campo penal son un signo más de nuestro tiempo y frente a ellas poco puede hacer quien se acerque al análisis de las diversas modificaciones legislativas que no sea la crítica de la misma y (en lo que a la materia penal concierne) la reafirmación de los principios que dotan de sentido a la respuesta punitiva del Estado.

Esta afirmación se torna sangrante realidad legislativa con propuestas como la del Anteproyecto de reforma del Código penal aquí analizado.

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones que se pueden extraer de todo lo dicho hasta aquí son, por fuerza, breves: en nuestro paseo por el otro lado del espejo, hemos podido observar cómo la sociedad actual se halla caracterizada por una infinidad de fenómenos a los que el Derecho penal no es ajeno. La globalización, el desmantelamiento del Estado social o el creciente papel de los medios de comunicación, en sólida comunión con los distintos poderes políticos y económicos, son algunos de los factores que coadyuvan a cimentar el edificio del "nuevo orden mundial".

El Derecho penal se debate, mientras tanto, entre una expansión *extensiva*, esto es, extendiéndose hacia nuevos ámbitos de la vida social, y una expansión *intensiva*, siguiendo los pasos del enemigo —por de pronto del visible y quizá en fecha no muy lejana del enemigo con piel de cordero—, expansión esta última en la que el objetivo marcado coloca al Derecho penal en la situación crítica de verse en la perspectiva de su propia autonegación. El Derecho penal del enemigo no es Derecho penal en absoluto. Ninguna otra conclusión puede aportarse a dicha cuestión.

Mientras que las disquisiciones teóricas enturbian la verdadera ideología que subyace tanto al Derecho penal del enemigo cuanto a la teoría del *Big Crunch*, el legislador español se ha decidido a iniciar una reforma del Código penal con frutos tan lamentables —político-criminalmente y dogmáticamente— como la referida reforma del artículo 189. Los delitos sexuales son, como es sabido, un ámbito particularmente susceptible de reformas de signo autoritario y simbólico —cuando no directamente ideológico—, pero, en este caso, se ha ido un poco más lejos en todo ello y lo que propone el legislador es, en mi opinión, inaceptable:

ni más ni menos que la persecución de una tendencia sexual más allá de lo necesario para proteger los bienes jurídicos de los menores implicados, esto es, más allá de lo legítimo en Derecho penal. Y ésta es una de tantas reformas que el legislador ha emprendido en la estela de la regresión a gran escala que se está produciendo en el campo penal.

Sobran ejemplos en el Anteproyecto mencionado o en la LO 7/2003 recientemente aprobada de lo que amenaza con ser el Derecho penal de los próximos tiempos: el *no-Derecho penal* de las *no-personas*.

Señala FERRAJOLI que "con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, para la crisis del Derecho no existe otra respuesta que el Derecho mismo. Esto es así, puesto que el actual paradigma garantista del constitucionalismo democrático no sólo expresa un modelo de Derecho y de Estado, sino también un modelo de democracia, y por ello lo sostiene la fuerza de la razón y de los valores de la libertad, igualdad y justicia, cada vez más universalmente compartidos"[110].

Aun compartiendo la afirmación del ilustre jurista italiano, parece, en conclusión, que es tiempo de ser pesimista, porque lo que se está compartiendo cada vez más universalmente es la injusticia y la sensación de desamparo frente al Poder, el cual, como el rey de ajedrez del otro lado del espejo, deambula despóticamente sin que quepa dar jaque a sus excesos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Introducción" a FERRAJOLI, L./ ZOLO, D., *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, ediciones El Viejo Topo, 2001.

BARATTA, A./ SILBERNAGL, M., "La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 28, 1986.

BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, ed. Paidós, Barcelona, 1998.

BERNARDI, A., "El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, año 2002-2, número 8, pp. 13 y ss.

MENDOZA BUERGO, B., El Derecho penal en la sociedad del riesgo, ed. Civitas, Madrid, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, ed. Trotta, Madrid, 2003.

[110] FERRAJOLI, L., "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho", *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, p. 71.

FERRAJOLI, L. "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", *Dei delliti e delle pene*, 1984 (2), pp. 271 y ss.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 820 y ss.

FERRAJOLI, L., "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho", *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, p. 71.

FOSTER, H. (ed.), La posmodernidad, 5.ª ed., Ed. Kairós, Barcelona, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, E., "La reforma de los delitos sexuales", en el "Prólogo" al Código penal, 5.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1999.

GOMES, L. F., "Globalización y Derecho penal", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ ROMEO CASABONA, C. M.ª/ GRACIA MARTÍN, L./ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 331 y ss.

GRACIA MARTÍN, L., "¿Qué es modernización del Derecho penal?", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ ROMEO CASABONA, C. M.ª/ GRACIA MARTÍN, L./ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 349 y ss.

GRACIA MARTÍN, L., Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en Derecho penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente" en *Estudios de Derecho judicial*, 20, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 121 y ss.

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. (Traducción de M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJOO SÁNCHEZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 35.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)" en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ ROMEO CASABONA, C. M.ª/ GRACIA MARTÍN, L./ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 395 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ DEL VALLE, C., "Sobre los orígenes del "Derecho penal del enemigo". Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 75, 2001, pp. 597 y ss.

PÉREZ-ARGOTE POVEDA, A., "Globalización, crisis del Estado y anomia. La teoría social visita Europa" en RAMOS TORRE, R./ GARCÍA SELGAS, F, *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

RAMONET, I., "Situación actual del proceso de globalización", en *El proceso de globalización mundial*, Intermón, Barcelona, 2000, pp. 11 y ss.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi", Revista de Ciencias Penales, Volumen 4, 2001-2002, pp. 89 y ss.

SCHÜNEMANN, B., "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1996.

SCHÜNEMANN, B., "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendende", *Goltdammer's Archiv*, 5, mayo 2001, pp. 205 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, "Prólogo" a *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. XII.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999. (2.ª ed. Civitas, Madrid, 2001).

SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, ed. Ariel, Barcelona, 1985.

TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, 2.ª reimp., ed. Tecnos, Madrid, 1972, p. 627.

VIVES ANTÓN, T. S./ BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte general.*, 2.ª ed. conforme al Código penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

«Reconfiguración» del sistema de fuentes del Derecho penal y «amenaza de crisis» del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización

ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH*

Sumario: I. Introducción. II. ¿Son los tratados internacionales partes del sistema de fuentes del derecho penal? 1. Punto de partida de la dogmática chilena: la estructuración del sistema de fuentes desde el principio de legalidad y su necesaria reducción consecuente. 1.1. Planteamiento inicial: El diseño del sistema de fuentes del derecho penal a través del principio de legalidad. 1.2. Intento de explicación del fenómeno: de la cultura legalista (formalista) al normativismo positivista. 2. Reconfiguración del sistema de fuentes del derecho penal. 2.1. Las tres especies de normas que componen el orden penal. 2.1.1. Primera especie de normas penales: la ley penal como regla de clausura [función de garantía del principio de legalidad (*ley* penal en sentido estricto)] y la ampliación 'hacia arriba' del sistema de fuentes. 2.1.2. Segunda especie: ampliación 'hacia abajo' del sistema de fuentes. 2.1.3. Tercera especie: Efecto irradiante del principio de legalidad. 3. Los tratados internacionales. 3.1. Antecedentes previos sobre la estructura del ordenamiento jurídico chileno. 3.1.1. Sentido original de la Constitución de 1980: diseño de un ordenamiento jurídico interno hermético e impermeable al derecho internacional. 3.1.2. La modificación del diseño constitucional original: la incorporación de los tratados internacionales. 3.2. Incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico chileno. 3.3. Ubicación de los tratados internacionales en el sistema general de fuentes. 3.3.1. Imposibilidad de determinar su ubicación a través del principio de jerarquía normativa. 3.3.2. La aplicabilidad como verdadero criterio para determinar las relaciones de los tratados con las demás fuentes del derecho interno. 3.4. Los tratados internacionales: ¿fuentes del derecho penal? 3.4.1. Respuesta formal. 3.4.2. Respuesta material. 3.4.3. Respuesta política. 4. Fenomenología: los tratados parecen haber renunciado a

* Mg(c) en Derecho. Ayudante de investigación en el Instituto Chileno de Derecho penal de la Universidad de Talca, Chile.

la función normativa incriminadora directa. Obligaciones de penalizar contenidas en tratados internacionales. III. La globalización y el derecho penal: ¿hacia un derecho penal globalizado? 1. La alteración del paradigma estatal-territorialista de aplicación del derecho. 2. La amenaza de crisis del principio de legalidad. 3. El derecho penal de la globalización. 3.1. El derecho penal de la globalización como derecho penal máximo. 3.1.1. El derecho penal de la globalización como *derecho penal flexible*. 3.1.2. El derecho penal de la globalización como *derecho penal en expansión*. 3.1.3. El derecho penal de la globalización como *derecho penal unificado*. 4. El problema de los bienes jurídicos protegibles. 4.1. 'Bien jurídico' y 'bien jurídico-penal': el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal como criterios de legitimación provisional. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda dos temas que, en una perspectiva amplia, constituyen más bien dos aspectos de un mismo problema.

En primer lugar, las relaciones recíprocas entre el derecho internacional *convencional* y el derecho interno *penal* puede hacer surgir, a lo menos, dos interesantes perspectivas de análisis: Desde una perspectiva dogmática penal, si los tratados internacionales pueden constituirse en fuente del derecho penal a la luz de las exigencias impuestas por el principio de legalidad y, asimismo, el aporte del derecho internacional convencional al catálogo de derechos fundamentales con trascendencia penal (tanto sustantiva como procesal o instrumental). La primera de dichas perspectivas será analizada en la primera parte de este trabajo: El rol que pueden desempeñar los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes del derecho penal a la luz del concreto ordenamiento jurídico chileno tomando como punto de partida el principio de legalidad.

En segundo lugar, la amenaza de crisis que para el paradigma legalista[1] propio del orden penal representa el fenómeno de la

[1] La expresión «legalismo» como condición —y su adjetivización, legalista— la utilizaré en dos sentidos diferenciados. En una primera forma —en sentido *material*— da cuenta de la referencia a la orden legal en tanto argumento de justificación interno del propio sistema normativo, es decir, la referencia a la autorización (o prohibición) legal. En su segunda forma —en sentido *formalista*— emplearé la expresión como tributaria de la tradición exegética, tan difundida en nuestro entorno jurídico. Al respecto, ver ATRIA LEMAITRE, F., «¿Qué desacuerdos valen? La respuesta legalista», *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 8, n.º 1, 2002, pp. 419 ss.

globalización, que se manifiesta en la traslación del centro en el que se adoptan —o se formalizan— las concretas decisiones de política criminal (los parlamentos nacionales), a unos centros externos de decisión, carentes de legitimidad democrática y representativos de unos intereses económicos y políticos (determinados y en extremo sectorizados, los intereses «globalizados».

II. ¿Son los tratados internacionales partes del sistema de fuentes del derecho penal?

La valoración jurídico constitucional de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho chileno cambió a partir de la reforma constitucional de 1989 (ver *infra* § 2.3.1). Con lo anterior como supuesto, es posible abordar el interrogante original de la primera parte de este trabajo en el sentido de determinar si los tratados internacionales pueden constituirse en fuentes del derecho penal.

La pregunta sobre el rol que los tratados internacionales desempeñan como fuentes del derecho penal interno chileno, obliga —en el plano teórico— a formular una referencia sistemática al sistema de fuentes del derecho penal en su conjunto, en la medida que la respuesta al interrogante inicial depende de una reformulación del contenido con que la dogmática ha dotado al sistema de fuentes. Como se verá enseguida, la configuración del sistema de fuentes se encuentra, en la dogmática penal chilena, determinada inexorablemente por el paradigma legalista, ampliando la función de definición garantista del principio de legalidad a ámbitos para los cuales éste no ha sido diseñado. No debe pensarse —y valga la advertencia en este punto— que pretendo reclamar la ampliación de las fuentes del derecho penal a través de la violación del principio de legalidad (lo que sería jurídicamente imposible de fundamentar[2]); por el contrario, mi interés consiste en un reforzamiento

[2] En el ordenamiento jurídico chileno, el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege penal praevia, stricta y scripta*) se encuentra suficientemente declarado, tanto en el texto constitucional como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. De esta forma, la Constitución de 1980 señala en su art. 19, núm. 3, incisos séptimo y octavo: «La Constitución asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

de esta garantía fundamental de un sistema penal democrático a través de la determinación de su específico, pero no menos fundamental, campo de acción.

1. *Punto de partida de la dogmática chilena: la estructuración del sistema de fuentes desde el principio de legalidad y su necesaria reducción consecuente*

A mediados del siglo XX DEL RÍO dedicó en sus *Explicaciones de Derecho penal* extensas páginas a resolver el problema de las *fuentes* del derecho penal en el sentido de si la determinación de sus límites o contenido «se agota en la ley penal vigente en cada época y cada medio, o si excede el texto de dicha ley»[3], esfuerzo que, en la perspectiva de la Escuela Positiva italiana —a la cual DEL RÍO adhería—, se orientaba a demostrar que el derecho penal no podría prescindir de otras *ciencias auxiliares* «llamadas a estudiar el delito, el delincuente y la reacción social *en toda su amplitud*»[4].

(...)
Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;».
Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: «Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.» Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: «Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.»

3 DEL RÍO, R., *Explicaciones de Derecho penal*, Tomo II, Santiago de Chile, 1945, p. 159.

4 DEL RÍO, R., *Explicaciones...*, cit., p. 215.

Un debate actual sobre la ley penal y su rol como fuente del Derecho penal tiene un enfoque diferente, de tipo estrictamente normativo, ya que de lo que se trata es de determinar cuál es el conjunto de «las diversas objetivaciones de los procedimientos reconocidos como válidos en el seno de cada ordenamiento para crear nuevas normas jurídicas»[5]. Y en este sentido, a mi juicio, el tratamiento actual que la doctrina penalista chilena le dedica al tema está determinado por una comprensión restrictiva del concepto de fuente formal que la ha confundido con el principio de legalidad.

1.1. Planteamiento inicial: El diseño del sistema de fuentes del derecho penal a través del principio de legalidad

«[L]a única fuente del Derecho Penal Chileno es la ley, por expresa disposición constitucional»[6] afirma perentoriamente EDUARDO NOVOA, afirmación que es habitual entre los penalistas chilenos[7]. Esta conclusión, sólo parcialmente verdadera, da cuenta de una perspectiva tradicional de análisis que la dogmática ha empleado para dotar de contenido al sistema de fuentes del derecho penal. Esta perspectiva tradicional está caracterizada por la construcción del sistema de fuentes sobre la base exclusiva del principio de legalidad, método que asegura la obtención de una respuesta limitada e insuficiente que ha producido

---

5 COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, 4.ª edición, Valencia, 1996, p. 123.

6 NOVOA MONREAL, E., *Curso de Derecho penal Chileno*, Tomo I, 2.ª edición, Santiago de Chile, 1995, p. 112.

7 En este sentido, Politoff, para quien «La única fuente inmediata y directa del Derecho penal es la ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha dictado conforme a las exigencias materiales y formales de la Constitución» (POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal, parte general I*, 2.ª edición, Santiago de Chile, 2001, p. 77). Este autor analiza el tema de las fuentes del derecho penal a la luz de la ley penal y trata las demás fuentes formales a propósito del principio de legalidad.
Por su parte, Cury también reduce el análisis de las fuentes del derecho penal al estudio del principio de legalidad, aunque este autor distingue entre una fuente inmediata (la ley) y fuentes mediatas, es decir, «otros legislativos cuya jerarquía es inferior a la de la ley en sentido estricto, y aun el derecho consuetudinario» (CURY URZÚA, E., *Derecho penal, parte general*, Tomo I, 2.ª edición, Santiago de Chile, 1992 (segunda reimp., 1999), p. 149).
En el mismo sentido de explicar las fuentes del derecho penal sólo a través del principio de legalidad, COUSIÑO MAC IVER, L., *Derecho penal chileno*, Tomo I, Santiago de Chile, 1975, p. 81.

como consecuencia una concepción, a mi juicio, altamente restrictiva del concepto de fuente formal, con necesaria reducción consecuente de las posibles fuentes del orden penal. Este enfoque lleva en sí mismo una evidente contradicción, ya que parte afirmando que la norma fundamental del orden penal es que sólo la ley es su fuente formal, pero esa norma está en el orden constitucional, es decir fuera del orden penal, de modo que no logra comprenderse —en una perspectiva formal— cuál es la razón jurídica que autoriza a fundar el pretendido monopolio legal.

En esta perspectiva de explicación de las fuentes formales del derecho penal a través del principio de legalidad se inscribe LABATUT para quien la «fuente formal [del derecho penal] inmediata y única es la ley»[8]; y ETCHEBERRY, por su parte, afirma que «como forma de concreción de la norma jurídica, no hay más fuente de derecho penal que la ley. Otras formas de concreción que suelen tener importancia en las demás ramas del ordenamiento jurídico, no son fuentes de derecho penal»[9].

1.2. Intento de explicación del fenómeno: de la cultura legalista (formalista) al normativismo positivista

Difícil parece ser la tarea de determinar las causas de este enfoque tradicional que trasciende las fronteras científicas chilenas. Pero es claro que el reclamo del monopolio exclusivo de la ley penal como fuente del derecho penal ha obedecido, en las diferentes épocas en las que se ha propuesto, a diversas motivaciones. De esta forma, la motivación contractualista de BECCARIA[10] estaba centrada más bien en el reclamo de la humanización de un derecho penal esencialmente atroz y despiadado y reclamaba para la pena (centro de gravedad de su versión de la legalidad) un fin utilitario[11]; por su parte, FEUERBACH reclamaba

---

8 LABATUT, G., *Derecho penal*, Tomo I, 9.ª edición, Santiago de Chile, 1995, p. 39.

9 ETCHEBERRY, A., *Derecho penal*, Tomo I., 2.ª edición, Santiago de Chile, 1976, aunque tal posición podría ser comprendida por el período en que dicha obra fue escrita, en el cual la Constitución Política de 1925 se encontraba formalmente vigente, pero materialmente reducida a letra muerta.

10 BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ed. cast. trad. de Juan Antonio de las Casas, 7.ª reimp., Madrid, 1994, p. 29: «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador...».

11 Beccaria: «El fin [de la pena], pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás a la comisión de otros iguales» (pp. 45-46).

para el principio de legalidad una función que le permitiera a la pena desarrollar su efecto de coacción psicológica[12].

Creo que la confianza en un ejercicio legítimo de la potestad punitiva por el Congreso radica en una comprensión limitada por la dogmática chilena de la separación entre derecho y moral: es en el Congreso donde se expresa el pluralismo sobre el que se construye la sociedad y, por tanto, proporciona ciertas garantías de su 'limitación', afirmación que sólo puedo dejar planteada como una hipótesis.

En la dogmática penal chilena decimonónica calaron las ideas de BECCARIA, pero también las Kantianas sobre la justificación de la pena. Asimismo, entre los autores chilenos hubo una recepción más que atemperada del paradigma liberal ilustrado de la separación entre derecho y moral: Al respecto, FUENSALIDA, criticando la tripartición entre crímenes, simples delitos y faltas que formula el Código penal chileno, escribió: «La mendicidad, por ejemplo, si puede ser reprimida a nombre de la utilidad pública con penas de policía, de ningún modo puede ser castigada como delito, pues éste presupone inmoralidad y un daño social y positivo, circunstancias que no concurren en la simple mendicidad. Por el contrario, los hurtos, las defraudaciones y engaños, hechos inmorales y voluntarios serán siempre delitos, aunque el legislador los haya penado como faltas, pues la cuantía de un daño causado no puede variar a naturaleza intrínseca de las acciones»[13].

De todas formas, la expresión *principio de legalidad* aparece probablemente cerca de la mitad del siglo XX, ya que ni la influyente obra del constitucionalista Alcibíades Roldán de 1913 ni en la de Del Río de 1946 aún no se encuentra su referencia[14].

---

[12] Feuerbach: «I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).» (FEUERBACH, *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, ed. cast. trad. de la 14.ª ed. alem. Por Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires, 1989, p. 63.

[13] FUENSALIDA, A., *Concordancias y comentarios al Código penal chileno*, Santiago de Chile, 1883, pp. 5-6.

[14] ROLDÁN, A., *Elementos de derecho constitucional de Chile*, Santiago de Chile, 1913, p. 151: «Para que pueda condenarse válidamente a alguien, se requieren dos circunstancias:

Con todo, el «éxito» del principio de legalidad en la dogmática chilena puede deberse a que coincide plenamente con una cultura jurídica legalista (en el sentido formalista de la expresión)[15/16] que heredamos como país de reciente independencia cultural. Debe notarse que la perspectiva garantista del principio de legalidad no se afirmó por la dogmática chilena sino hasta bien avanzado el siglo XX. Fuensalida, el más importante comentarista del Código penal chileno del siglo XIX, no se refirió ni aun tangencialmente a la norma del inciso primero del art. 1 del Código penal[17] («Es delito toda acción u omisión penada por la ley»[18]). Asimismo, en 1901 Roberto Quijada, por ejemplo, aunque estima «esencial» al delito la condición de que esté penado en la ley, luego afirma que «Si hubiera un código en que no se penara el parricidio, ¿dejaría éste

---

1.ª Que se le juzgue con arreglo a las leyes:
2.ª Que la condenación se funde en una ley promulgada con anterioridad al hecho que ha dado motivo al enjuiciamiento».

15 Por ejemplo, Del Río sólo dedica una referencia accidental a la ley penal cuando afirma que «El *aspecto legal* del Derecho Penal es, sin duda, el que ofrece menos dificultades, porque todos los autores están de acuerdo en reconocer como propia de esta disciplina la consideración de la *ley*», lo que puede entenderse porque este autor adhiere a la Escuela Positivista italiana (DEL RÍO, R., *Explicaciones...*, cit., p. 291). Asimismo, en la obra de Luis Cousiño (1975) no está tan claramente presentada la perspectiva del principio de legalidad como una garantía, aunque es ya posible notar la tendencia a relacionar el análisis con la normativa constitucional (COUSIÑO MAC IVER, L., *Derecho penal chileno*, cit., pp. 81 ss.).

16 Sobre las características culturales de los juristas y del modo de comprender el Derecho en Chile, ver SQUELLA, A. (ed.), *La cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, 1998, en especial el documento base del trabajo del seminario que da cuerpo a la publicación colectiva escrito por el Prof. Squella que maneja como hipótesis que prevalece «la idea que considera a la ley como la suprema o superior fuente del derecho» (p. 34) y del trabajo del Prof. Bascuñan [«El concepto del derecho y el problema de las fuentes del derecho. Rol expresivo e instrumental del derecho en la sociedad» (pp. 55-66)] en el que demuestra la validez de la hipótesis.

17 FUENSALIDA, A., *Concordancias i comentarios...*, cit., 1883.

18 Como, a mi juicio, acertadamente afirman Bustos/Caballero, esta norma del art. 1.º del Código penal contiene «un límite, ahora de índole formal, y que se identifica con la reiteración en el nivel legal del *nullum crimen nulla poena sine lege*... Cuando el art. 1.º agrega que, además de voluntaria, la acción u omisión ha de estar «penada por la ley», se refiere a que tanto la pena como el delito han de estar previstos en la ley; previsión que es absolutamente concordante con lo establecido en el artículo 19 N.º 3, inc. 7.º, de la Constitución y el artículo 18 del Código Penal» (BUSTOS/CABALLERO, «Comentario a los arts. 1.º a 4.º del Código penal», en POLITOFF/ORTIZ (dirs.), *Texto y comentario del Código penal chileno*, Santiago de Chile, 2002, p. 58.

de ser delito? No diríamos mas bien que el delito sí era tal, pero que la ley era imperfecta? Evidentemente, la esencia del delito no radica en la ley positiva. I, sin embargo, esta misma condición consignada en la ley chilena, aparece en casi todos los códigos que he podido consultar i la sostienen la generalidad de los tratadistas»[19]. El autor justifica el uso a la ley, basándose en un argumento Kantiano (necesidad que el delincuente conozca la amenaza del hecho para que comprenda la justicia de la pena) y en uno de coacción social.

Esa cultura legalista puede ser también la razón para comprender la amplia difusión que el normativismo Kelseniano ha tenido en Chile[20] desde su formulación, en la medida que el principio de legalidad (al menos en el enfoque que la dogmática le ha dado) y esta teoría del Derecho coinciden plenamente. La influencia de la teoría de Kelsen sobre los juristas chilenos y, por ende, sobre los penalistas podría, a su vez, proporcionar elementos para justificar la aparición de la tendencia de vincular el principio de legalidad a las regulaciones constitucionales, razón que no se encuentra en la constitucionalización del derecho penal[21].

---

19 QUIJADA B., R., *Comentario al artículo 1.º del Código penal*, Santiago de Chile, 1901, pp. 14 y ss.

20 En este sentido, RUIZ-TAGLE VIAL, P., *Revisión crítica del Derecho*, Santiago de Chile, 1991, p. 140.

21 A diferencia de lo que ha ocurrido en España e Italia, pero coincidente con la dogmática alemana (TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 33, septiembre-diciembre 1991, p. 147), la dogmática penal chilena se ha resistido a la constitucionalización del derecho penal. La constitucionalización del derecho penal implica la asunción de la eficacia normativa del texto constitucional y de su configuración como la positivización del conjunto de los criterios metajurídicos de justificación externa del orden penal (en este sentido, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4.ª ed. cast., Madrid, 2000, pp. 213 ss.).
Una manifestación de esta resistencia se concreta en la ausencia de análisis científico de las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, «apenas sobrepasaba el tratamiento de una de esas cuestiones de rigor, más o menos ineludibles al momento de caracterizarse al primero y de distinguirlo de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que se refiere a aquellas con las que el Derecho punitivo guarda vínculos particularmente estrechos» (GUZMÁN DÁLBORA, J. L., «Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)», *Anuario de filosofía jurídica y social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1994, p. 165). Esta perspectiva analítica e interpretativa ha generado como consecuencia —de tipo teórica, debe advertirse— un análisis parcial de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho constitucional. Una expresión extrema de esta posición

La teoría normativista del Derecho ofrece, en todo caso, una estructura teórica sumamente provechosa para explicar el sistema de fuentes

---

es, por ejemplo, la de NOVOA, para quien «frente al Derecho Constitucional, *al igual que frente a todas las demás ramas constitutivas del Derecho*, el Derecho Penal tiene las vinculaciones de su carácter sancionatorio» (NOVOA MONREAL, E., *Curso...*, cit., p. 48, el destacado es mío, R. N.), «asertos que revelaban cómo la consideración del problema [de las relaciones Derecho constitucional-Derecho penal] todavía no penetraba en el sistema de conocimientos de esta rama del Derecho [penal]» (GUZMÁN DÁLBORA, J. L., «Relaciones del Derecho penal...», cit., p. 166).

En consecuencia, el enfoque doctrinario fundamental que existe sobre las relaciones con el Derecho constitucional se refiere sólo a los principios constitucionales que sirven de límite a la potestad punitiva [Como Garrido Montt, v. gr., para quien «Es en las constituciones donde corresponde establecer los principios fundamentales que informan el derecho *penal objetivo*» (GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Santiago de Chile, 1997, p. 153)] que, aunque en principio no es criticable, es ciertamente insuficiente, en la medida que se tiende a desconocer el desarrollo de la eficacia normativa de que está dotado el texto constitucional chileno. Aunque tiene razón TIEDEMANN cuando afirma que «el orden de valores jurídico-constitucional y el orden jurídico-penal son espacios relativamente autónomos» (TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», cit., p. 148), creo que no puede ello llevarse al extremo de o negar cualquier vinculación entre ambos órdenes o minimizar sus relaciones propias.

Muchos pueden ser los factores que ayuden a explicar este fenómeno, pero desde luego, la falta de legitimidad democrática de que adolece el texto constitucional chileno puede haber llevado a una parte de la doctrina, a modo de protesta silenciosa, a evitar introducir la Constitución en el análisis dogmático que ha llevado a Politoff, v.gr., a reclamar que una «Importante resonancia en el sistema penal debiera alcanzar en el futuro el *principio de vinculación directa de la Constitución*» (POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 24, el subrayado es mío, R. N.).

El texto originario de la Constitución que aún rige en Chile fue impuesto durante la dictadura militar (1973-1990). El proyecto original fue redactado por un conjunto de juristas designados por la dictadura, sin ninguna representatividad. El texto definitivo se aprobó mediante un fraudulento plebiscito que se desarrolló sin las garantías mínimas (sin registros electorales previos, sin debate público e informado y sin secreto en el voto). Y Aunque la tarea política de acordar una nueva Constitución democrática está aún pendiente en Chile, tampoco puede desconocerse que el total déficit democrático del texto constitucional no es, hoy por hoy, predicable con el mismo grado de intensidad que al término de la dictadura militar en 1990 (Sobre la originaria falta de legitimidad democrática de la Constitución, ver CRISTI, R., «The metaphysics of constituent power: Schmitt and the genesis of Chile's 1980 Constitution», en *Cardozo Law Review*, vol. 21, 2000, pp. 1766 ss.; ÍDEM, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago de Chile, 2000, pp. 77 ss. en contra, es decir, le reconocen legitimidad democrática al texto, BLUMENWITZ/ GAETE, *La Constitución de 1980. Su legitimidad*, Santiago de Chile, 1981. Una reseña con exclusivo valor expositivo sobre el proceso de imposición de la Constitución, en ANDRADE GEYWITZ, C., *Génesis de las Constituciones de 1925 y 1980*, Santiago de Chile, 1988, pp. 51 ss.).

del derecho, siempre considerando el principio de legalidad, tarea que se abordará en los párrafos siguientes.

La jurisprudencia interna en Chile tampoco parece haber recogido plenamente la perspectiva garantista del principio de legalidad[22].

El Tribunal Constitucional[23] ha tenido una oportunidad de referirse al principio de legalidad[24] y ha relativizado las exigencias que de él se derivan, ya que en la doctrina de este Tribunal, la garantía de la legalidad penal no le exige al legislador la definición exhaustiva de la conducta típica y de la naturaleza y cuantía de la pena aplicable, sino que sólo establezca el «núcleo esencial» de la conducta, es decir, unos márgenes dentro de los cuales un acto administrativo posterior pueda completar el contenido de la incriminación y de su consecuencia. «La circunstancia que en el artículo 25 del proyecto [de ley] se deje entregada al Reglamento la misión de pormenorizar las substancias o drogas a que se refiere la norma rectora en nada se contrapone con la preceptiva constitucional, ya que no podrá incluirse en el citado Reglamento, lícitamente, ninguna substancia o droga que no quede comprendida dentro de aquellas que genéricamente se indican en ambos incisos del artículo 1° del proyecto de ley» (considerando quinto), ha declarado el Tribunal. Coincidente con esta doctrina ha sido la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema[25], aunque ha ido más allá al declarar que

---

22 A diferencia de la jurisprudencia del sistema americano de protección del derechos fundamentales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha declarado: «La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad» (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30.05.1999, caso *Castillo Petruzzi y otros*).

23 En el ordenamiento constitucional chileno, la principal facultad del Tribunal Constitución es el ejercicio de un control de constitucionalidad sobre determinados tipos de proyectos de ley que se tramitan en el Congreso Nacional antes que éstos se conviertan en ley.

24 STC causa rol 24, de 04.12.1984.

25 Cfr. SCS de 26.01.1988, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1988, Tomo LXXXV (texto extraído de versión electrónica de RDJ www.microjuris.com, abril de 2003).

«La exigencia de una descripción absoluta, total y perfecta, dejaría de comprender muchas conductas semejantes, al margen de la intención del legislador, siendo que las figuras abarcan un grupo de hechos o actuaciones similares» (considerando sexto).

2. *Reconfiguración del sistema de fuentes del derecho penal*

Creo que un replanteamiento del tema de las fuentes del derecho penal es necesario porque una correcta comprensión del catálogo de fuentes proporcionará las necesarias respuestas al interrogante inicial sobre si pueden los tratados internacionales ser fuentes del derecho penal.

La insuficiencia de las explicaciones tradicionales sobre el sistema de fuentes del derecho penal en la dogmática está determinada, en mi opinión, porque se ha desconocido que el orden penal no sólo está compuesto por normas que establecen delitos y penas, sino que también por otras que establecen «excusas» o «permisos», normas sobre la aplicación de otras normas, etc. De esta forma, el principio de legalidad (en tanto norma sobre la normación) tiene un rango de aplicación limitado sólo a una de las especies de normas.

2.1. Las tres especies de normas que componen el orden penal

El derecho penal no sólo está constituido por normas que establecen delitos y penas, aunque una comprensión simplista de ese orden de protección jurídica pueda conducir a una tal afirmación. Por el contrario, el conjunto de normas sobre los que se construye el derecho penal es más bien complejo[26], en el sentido que junto a las normas que fundamentan la pena existe también otro conjunto cuya función es precisamente la

[26] Antolisei distingue, junto a las *norme incriminatrici*, las *norme integratrici* o *di secondo grado*. Las primeras son las provistas de precepto y sanción que «determinan el contenido del delito, esto es, indican los elementos de un hecho prohibido por la ley y fijan la sanción correspondiente», mientras que las segundas —las integradoras o de segundo grado— «están destinadas a precisar o limitar el alcance de otras normas o a regular la aplicabilidad» (ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 14.ª ed. it., Milano, 1997, pp. 51-52). He preferido no seguir idénticamente esta bipartición, porque creo que ella no da cuenta precisamente de las necesidades explicativas que más abajo se realizan.

inversa: restar fundamento a la pena, a través del establecimiento de causales de justificación, de exculpación, excusas legales absolutorias, causales de levantamiento de la pena, etc. De esta forma, para efectos de establecer el catálogo de fuentes del derecho penal pueden distinguirse tres especies de normas: *a)* La primera, compuesta por las normas penales que fundamentan la pena (núcleo duro del derecho penal); *b)* La segunda categoría está compuesta por las normas que le restan fundamento a la pena; y *c)* Y una tercera categoría, integrada por normas que tienen una función instrumental a cualquiera de las dos anteriores especies, es decir, normas sobre aplicación de las normas de la primera y segunda especies.

Ejemplos de la primera especie son, en el Código penal chileno, la casi totalidad de las normas de los Libros Segundo («Crímenes y simples delitos y sus penas») y Tercero (dedicado a las faltas), además de una gran cantidad de las comprendidas en la parte general de dicho *corpus*, como el art. 12 que establece las causales generales de agravación de la pena, las que regulan su determinación legal y las escasamente contenidas sobre su ejecución. Ejemplos de la segunda especie, es decir, normas que le restan fundamento a la pena, son —no excluyentemente— las causales eximentes contempladas en el art. 10 del Código penal chileno, las atenuantes generales de responsabilidad del art. 11, el art. 8 que hace no punibles, por regla general, los actos preparatorios, el art. 9 en virtud del cual las faltas sólo se sancionan cuando están consumadas y el art. 489 que establece la excusa absolutoria para ciertos grados de parentesco en alguno de los delitos contra la propiedad, entre otras. Por último, pueden mencionarse como ejemplos de la tercera especie de normas (aquéllas sobre aplicación de otras normas), las relativas a la individualización judicial de la pena, las que regulan los concursos, la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad, etc.

Sobre la base de esta diferenciación que reconoce tres especies de normas puede comprenderse de mejor forma el sentido de las normas sobre la normación presentes en el ordenamiento jurídico chileno. Es en este punto donde el principio de legalidad puede desempeñar su importante papel como norma fundamental sobre la normación en el derecho penal.

2.1.1. Primera especie de normas penales: la ley penal como regla de clausura [función de garantía del principio de legalidad (ley penal en sentido estricto)] y la ampliación 'hacia arriba' del sistema de fuentes

En este sentido, no cabe duda alguna que el principio de legalidad desarrolla su ámbito de protección frente a la acción estatal respecto de las normas de la primera especie, es decir, respecto de las normas que fundamentan la pena. En otras palabras, el principio de legalidad actúa como un límite de las fuentes formales del derecho penal, ya que sólo a través de la ley pueden establecerse válidamente delitos y penas. Esta conclusión no sólo se fundamenta en el tenor literal de las disposiciones concurrentes[27], sino que también en la función de garantía del principio de legalidad.

Desde la perspectiva formal de construcción del ordenamiento jurídico penal, el principio de legalidad significa dos cosas: *a)* En primer lugar, que el proceso de creación del derecho penal se cierra a las normas inferiores y limita las posibilidades jurídicamente consideradas de contenido de las sentencias judiciales, y *b)* En segundo lugar, que la regla de clausura en materia de normas de esta primera especie se ubica en el nivel normativo de la ley.

En el Derecho en general el proceso de creación normativa no se agota en la ley, sino que existen fuentes ubicadas en niveles normativos inferiores a la ley. En el caso del derecho penal, en cambio, y respecto de las normas de la primera especie, el principio de legalidad cierra el proceso de creación normativa en la ley al prescribir que *sólo* ella puede establecer delitos y penas (no interesa en este punto la forma en que debe hacerlo, es decir, las condiciones materiales del principio de legalidad). De esta forma, el proceso de creación de normas penales que fundamentan la pena se termina en la ley.

Asimismo, desde la teoría normativista, el derecho penal ofrece una posibilidad de apreciar en él, con una claridad que otras áreas del derecho no permiten, la pretendida plenitud hermética del sistema normativo[28], en cuya consecuencia, Alchourron/ Bulygin afirman la

---

27 Ver nota al pie número 2.

28 «[E]l orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto la imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante

existencia de una *regla de clausura* que comprende todos los casos que pueden presentarse y que, por definición, deben tener correlacionados una solución, regla que consiste en la permisión de todo lo que no está prohibido[29].

La *regla de clausura,* que se deriva del principio de prohibición, se expresa, al menos, en una versión débil (en el sentido de 'no prohibido')[30], en que todo lo que no esté «prohibido» por la norma jurídica, está permitido. En el derecho penal, la ley penal expresa taxativamente todas las conductas prohibidas (en sentido amplio) y, en virtud de esta regla, respecto de todas las demás, podría derivarse su permisión. Así, está prohibido matar a otra persona (art. 391, delito de homicidio), pero como no existe un tipo penal que sancione las infidelidades entre los novios, la conducta «serle infiel a la novia» estaría permitida (versión débil de la prohibición), al menos para el derecho penal.

La regla de clausura encuentra en el derecho penal una consagración legal que transforma su versión débil en una versión fuerte o reforzada: si el delito es *toda* acción *penada* por la ley (art. 1.º Código penal), las acciones no penadas por la ley no son delito y, por tanto, nunca

---

privado o el acusador público, no habría cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida» (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed. cast., trad. de Roberto Vernengo de la ed. alemana de 1960, Ciudad de México, 1960, p. 254). En otra obra, Kelsen afirma que «El orden jurídico no puede tener lagunas. (...) La teoría de las lagunas de la ley constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar» (KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, ed. cast. trad. de Eduardo García Máynez, Ciudad de México, 5.ª reimp. De la 2.ª ed., 1995, pp. 174-176).

29 ALCHOURRON/ BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 2.ª reimp., 1993, pp. 177 ss.

30 ALCHOURRON/ BULYGIN, *Introducción a la metodología...*, cit., pp. 177 ss.: «La versión débil del Principio no clausura el sistema, y es perfectamente compatible con la existencia de lagunas. En efecto, laguna es un caso que el sistema no correlaciona con *ninguna* solución. Por consiguiente, no lo correlaciona con la solución «Prohibido p», y si no lo correlaciona con la prohibición de p, entonces p no está prohibido en ese caso (...). Pero si p no está prohibido, ello significa que está permitido en el sentido débil; por lo tanto, laguna es un caso en que p está permitido en el sentido débil (y no lo está en el sentido fuerte). Esto demuestra que la permisión débil, no sólo es compatible con la laguna (...), sino que es implicado por este último, aunque no lo implica» (p. 178).

constituirán en sí mismas el sustrato fáctico de la aplicación de una pena. El reforzamiento de la permisividad de las conductas no prohibidas por un tipo penal se demuestra en que una norma similar no está presente en el derecho privado (el Código civil no prescribe que las personas pueden celebrar cualquier negocio jurídico que no esté prohibido por la ley, o que sólo puedan celebrar aquéllos regulados en la ley, o que los negocios no regulados por la ley civil carecerán de cualquier efecto). En otras palabras, si según la regla de clausura del Derecho en virtud de la cual se «permiten todas las conductas no prohibidas por el sistema penal, es decir, autoriza a inferir a permisión de una conducta (...) si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta»[31], en el derecho penal la permisividad de p en q no se infiere, sino que está formalmente prevista en una norma intrínseca al propio sistema, es decir, las conductas no prohibidas están —para el derecho penal— formalmente autorizadas. Es decir, el derecho penal es por antonomasia un *sistema normativo cerrado*[32/33].

Ahora bien, si el principio de legalidad corta el proceso de creación normativa hacia fuentes inferiores a la ley respecto de la primera especie de normas que componen el orden penal (normas que fundamentan la pena) surge el interrogante si esa prohibición es extensiva hacia el primer nivel normativo que es superior a la ley en la ordenación jerárquica de las fuentes, es decir, a la constitución. En este sentido, sólo desde la perspectiva formal de estructuración del sistema de fuentes, el principio de legalidad entrega dos respuesta contradictorias, de modo que no responde el interrogante. De esta forma, el principio de legalidad en su sentido formal, como se ha analizado hasta ahora, puede fundamentar: *a)* Que la limitación de los procesos de creación normativa penal sólo opera desde el nivel normativo legal hacia los inferiores, pero no hacia los superiores; o *b)* Que la creación de las normas penales que fundamentan la pena se ha entregado exclusivamente a la ley penal, interpretando el término *ley* en sentido estricto, excluyente de la constitución. Ante esta no-respuesta al interrogante, todo parece indi-

---

31 ALCHOURRON/ BULYGIN, *Introducción a la metodología...*, cit., p. 198.

32 ALCHOURRON/ BULYGIN, *Introducción a la metodología...*, cit., pp. 196 ss.

33 Desde una perspectiva material —que trasciende los límites de este trabajo— el principio de legalidad requiere de concreciones auxiliares que actúen como su garantía: prohibición de la retroactividad *in malam parten*, prohibición del recurso a las técnicas de integración, necesidad de la certidumbre y escrituración de la ley penal incriminadora, etc.

car que deberá acudirse a criterios materiales de solución. En todo caso, la Constitución chilena no establece delitos, aunque podría contener una discutible existencia de penalizar[34].

2.1.2. Segunda especie: ampliación 'hacia abajo' del sistema de fuentes

La segunda especie de normas penales está compuesta por aquéllas normas que le restan fundamento a la pena, tal como se señaló antes. Sobre estas normas, el principio de legalidad no desarrolla su efecto regulador de la normación, por lo que esta segunda especie se regula por las normas generales.

Así, respecto de esta especie de normas el sistema de fuentes del derecho penal se amplía cuantitativa y cualitativamente, porque ella considera a los actos administrativos, a las regulaciones de las agencias descentralizadas e incluso comprende a los actos jurídicos privados (contratos y acuerdos colectivos). Respecto de esta segunda especie de normas, el sistema de fuentes del derecho penal no difiere en absoluto del de las otras ramas del ordenamiento jurídico.

El enfoque restrictivo tradicional con la doctrina aborda las fuentes del derecho penal deja fuera del análisis dogmático esta otra parte, constituidas por todas las normas que se ubican en un nivel jerárquico inferior a la ley, sin el cual no tendría sentido, por ejemplo, la justificación de obrar en ejercicio legítimo de un derecho que puede estar contenido una norma administrativa, e incluso, en un contrato.

El fundamento de la ampliación del sistema de fuentes respecto de las normas de esta segunda especie se encuentra en que ellas, al no servir de fundamento a la pena, no producirán restricciones de derechos fundamentales, tal como lo hacen las normas de la primera especie: «por analogía no se puede extender la pena de un caso a otro: por analogía se debe extender de un caso a otro la excusa»[35], sentenció Carrara.

---

[34] Al respecto, ver MATUS, J. P., «Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales», *Universum*, Universidad de Talca, año 11, 1996, pp. 123-132.

[35] CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal*, traducción por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1956-1967, §890.

2.1.3. Tercera especie: Efecto irradiante del principio de legalidad

Sobre esta tercera especie no puede establecerse una fórmula de carácter general, ya que, como éstas son instrumentales a normas de la primera o de la segunda especie, el principio de legalidad influirá sobre ella en la medida que se relacionen con normas que fundamenten la pena; si se relacionan con normas que le restan fundamentan, no les alcanza el principio de legalidad.

3. Los tratados internacionales

La reformulación del sistema de fuentes del derecho penal antes propuesta en función de la distinción entre las tres especies de normas genera el interrogante sobre el alcance del principio que sólo la *ley* puede establecer delitos, específicamente respecto de los tratados internacionales: ¿pueden constituirse como fuentes del derecho penal respecto de las tres categorías de normas?; ¿Puede considerarse —a la luz del ordenamiento jurídico chileno— a los tratados internacionales dentro de la expresión *ley*? En otras palabras, corresponde ahora abordar el problema sobre el rol que los tratados internacionales pueden desempeñar dentro del sistema de fuentes del derecho penal.

Las respuestas a estos interrogantes requiere de un pronunciamiento sobre dos problemas previos: *a)* el de la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno chileno —si es que efectivamente lo hacen—; y *b)* el de la ubicación que estos tratados pasarían a ocupar dentro de él —si es que les es aplicable el principio de jerarquía normativa—. La necesidad de este pronunciamiento no sólo surge porque sobre el particular poseo una opinión no coincidente con la de una parte de la doctrina, sino porque además muchas de las conclusiones a que arribe más adelante requieren como presupuesto esta precisa concepción sobre el valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno chileno.

3.1. Antecedentes previos sobre la estructura del ordenamiento jurídico chileno

La comprensión de la problemática que se ha generado en los últimos trece años a propósito del rol que cumplen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico, requiere de una breve referencia previa al

diseño del sistema de fuentes del derecho que contenía la Constitución de 1980 en su versión original y cómo él se ha modificado a partir de la reforma introducida a la Constitución en 1989, tema al que se refieren los siguientes dos apartados.

3.1.1. Sentido original de la Constitución de 1980: diseño de un ordenamiento jurídico interno hermético e impermeable al derecho internacional

El texto original de la Constitución política impuesta en Chile por la dictadura militar (1973-1990) en 1980 contiene el diseño de un ordenamiento jurídico que se caracteriza por el *hermetismo normativo interno* y, desde una perspectiva externa, por la *impermeabilidad* frente al derecho internacional. El texto constitucional no contiene un reconocimiento —ni aun una mención— a la comunidad internacional y dedica sólo dos escuetas normas de su articulado a una regulación formal sobre los tratados internacionales (32.17[36] y 50.1[37] de la Constitución), y una tercera (art. 82.2[38]) que establece un procedimiento facultativo de revisión de la constitucionalidad de un tratado cuya aprobación o

---

[36] Cuyo tenor literal es: «Art. 32. Son atribuciones especiales del Presidente de l República: 17.º Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 No. 1.º Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere;»

[37] Cuyo tenor literal es: «Art. 50. Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1. Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.
Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.
En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquel, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y ss. del artículo 61, (...)»

[38] Cuyo tenor literal es: «Art. 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 2.º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación (...) de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;»

rechazo está pendiente por el Congreso Nacional. En otras palabras, el desinterés del poder constituyente[39] por el derecho internacional se demuestra en la ausencia en el texto original de la Constitución chilena de una regulación sobre los presupuestos de la cesión de la potestad de determinar las condiciones de validez de las normas a órdenes externos que emanan de órganos de producción normativa que se desenvuelven en la comunidad internacional. La pobreza normativa original era, de todas formas, la indispensable para que el Estado pudiera ratificar tratados internacionales cuyo contenido (generalmente comercial o de colaboración interestatal) no significaba la modificación de las estructuras internas ni la adecuación de éstas a unas nuevas realidades internacionales, las que sólo se presentaron como medios de lograr la reinserción de Chile en la comunidad internacional[40] o cuando ésta exige de los estados un compromiso con la protección universal de bienes comunes a la Humanidad[41].

Este diseño original puede comprenderse, desde una perspectiva política, porque los redactores del texto constitucional chileno se inspiraron en las concepciones políticas de Schmitt[42], y, por tanto, en la idea

---

39 Ejercido por la junta de gobierno compuesta por los comandantes de las Fuerzas Armadas. En este sentido, CRISTI, R., «The metaphysics...», cit., pp. 1772 y ss. El mismo 11 de septiembre (día del golpe militar), la junta de gobierno dicta el decreto ley núm. 1 por el que declara que los comandantes de las Fuerzas Armadas «se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el *Mando Supremo de la Nación*...», expresión que, como posteriormente fue aclarada, significaba que «La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo» (art. 1, decreto ley núm. 128, de 16.11.1973).

40 Piénsese, por ejemplo, en los sistemas jurisdiccionales supranacionales. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos —que contiene un sistema prejudicial y otro judicial de tutela de derechos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente— sólo fue ratificada por el Estado de Chile en 1991 (decreto promulgatorio publicado en el Diario Oficial de 05.01.1991). En el instrumento de ratificación, el Gobierno de Chile reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, pero sólo referido a «hechos posteriores a la fecha del depósito (...) o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990», fecha en que se asume el primer Presidente elegido democráticamente y se reabre el Congreso Nacional.

41 Como ocurre con la Corte Penal Internacional, convención que Chile no ha podido ratificar porque el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho tratado (STC, rol 346, de 08.04.2002).

42 CRISTI, R., *El pensamiento político*... cit., pp. 101 y ss. En este trabajo y en el citado en nota al pie núm. 39, CRISTI demuestra la influencia de Schmitt en Jaime Guzmán, quien fue a la junta de gobierno (y al general Pinochet), lo que Schmitt fue a Hitler.

tradicional de soberanía de corte Schmitteana con que se inicia el siglo XX, la cual llevaba implícita los principios de *exclusión* y *beligerancia*[43], en virtud de los cuales, «El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el «todo» para pasar a ser simplemente una parte de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad»[44].

3.1.2. La modificación del diseño constitucional original: la incorporación de los tratados internacionales

Aunque no con la profundidad que una parte de la doctrina constitucionalista ha pretendido, es innegable que el diseño constitucional original fue modificado sustancialmente a partir de la reforma introducida al texto constitucional en el año 1989[45], y específicamente, al art. 5.º de la Constitución chilena[46], rompiéndose la impermeabilidad con que había

---

43 ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Madrid, 1999, p. 10.

44 ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, cit., p. 10.

45 Reformas que le han entregado una legitimidad, a mi juicio provisional, al texto constitucional. «Si la constitución de 1980, ahora vigente en Chile, tiene legitimidad democrática, se debe al plebiscito realizado en 1989, después de la derrota electoral de Pinochet en 1988» (CRISTI, R., «The metaphysics...», cit., p. 1775, la traducción es mía, R. N.). En 1989 el bloque de partidos políticos que se mantenía en la oposición a la dictadura militar (y cuyo líder meses después fue elegido Presidente de la República) logró conciliar con los partidos de derechas, afines a la dictadura, cincuenta y cuatro reformas constitucionales que vinieron a subsanar en parte el déficit democrático de la Constitución, en primer lugar, porque se eliminaron algunas de sus normas —aunque no todas— cuyo autoritarismo era intolerable (como el art. 8.º) y, en segundo lugar, porque esas reformas fueron sometidas a ratificación plebiscitaria después de conocimiento y debate público, con registros electorales transparentes y las debidas garantías de una votación popular.

46 Por la incorporación al inciso segundo de una frase final. El tenor literal actual de la disposición es: «Artículo 5.°. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.
El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*» (el texto en *cursiva* corresponde al agregado por la reforma constitucional).

sido diseñado el sistema jurídico y aumentándose las posibilidad de recurrir a otras fuentes del derecho para configurar el catálogo de derechos fundamentales. A partir de esta reforma, todos los órganos estatales (incluidos los tribunales, principales destinatarios de esta modificación[47]) quedaban obligados a promover y respetar no sólo los derechos recogidos formalmente en el texto constitucional, sino que también aquéllos contenidos en fuentes formales externas, los tratados internacionales.

Se rompía, de esta forma, el hermetismo normativo interno de la Constitución original y se abría la puerta al derecho internacional, conclusión a la que no puede oponerse como objeción la idea de soberanía sobre la que se redactó la Constitución porque el texto constitucional adquiere total autonomía de sus redactores, en la medida que éste no puede quedar atado a las vivencias y decisiones de un grupo fijadas temporal y espacialmente, más aún cuando quienes participaron en la redacción del texto constitucional carecieron de cualquier legitimidad democrática[48]. Por el contrario, los tiempos han corrido y las nuevas realidades han planteado la necesidad de revisar esa concepción clásica de la soberanía propia del estado tradicional[49], proponiéndose el abandono de las categorías rígidas propias del derecho público, como hasta las habíamos comprendido, y la comprensión de la Constitución democrática como un entramado normativo que debe fundarse en el pluralismo; en este sentido, la «Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un «compro-

---

47 En este sentido, CUMPLIDO, F., «Los tratados internacionales y el artículo 5.º de la Constitución», *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, n.º 2, 1997, pp. 96-97.

48 Al respecto, ver la postura de ATRIA que, sobre la base de la forma de gestación de la Constitución, niega cualquier valor, incluso interpretativo, a las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), extensible también, ciertamente a la opinión y concepciones de sus redactores. La crítica se formula de la siguiente forma: En primer lugar, porque desde una perspectiva jurídica, dichas actas no se encuentran dentro del sistema de fuentes formales del derecho y, por ende, no están dotadas de eficacia jurídica vinculante; en segundo lugar, como argumento político, quienes integraron dicha comisión no lo hicieron con un título democrático y así es también su resultado; y en tercer lugar, como objeción dogmática, que el recurso constante a las actas de la CENC ha provocado un estancamiento en el desarrollo de la dogmática constitucional (ATRIA, F., *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de análisis jurídico n.º 36, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997, pp. 18 y ss.).

49 Ver QUINZIO FIGUEIREDO, M., «Internacionalización de los derechos humanos. Fin del mito de la soberanía nacional», *La Semana Jurídica*, n.º 24, pp. 5-6.

miso de posibilidades» y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo»[50]. Y como pone de manifiesto RESQUEJO PAGES[51], esta nueva versión «constitucional» del Estado necesita despersonalizar la soberanía, extrayéndola de los órganos individuales o colectivos (Corona, Parlamento o Congreso, según corresponda) —como garantía de la defensa de la libertad— para situarla extramuros del ordenamiento jurídico; la soberanía se radica en una abstracción: «la soberanía no pertenece *a nadie*, sino *a algo:* al conjunto del ordenamiento jurídico»[52].

3.2. Incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico chileno

A partir de la reforma introducida en 1989 al artículo 5.° de la Constitución chilena[53] y del recurso cada vez más común al sistema regional de protección de derechos humanos en que Chile se encuentra inserto, el tema de la incorporación de los tratados al derecho interno ha pasado a ocupar la atención de la doctrina chilena. Como lo he afirmado antes un primer problema previo es el relativo a la conclusión jurídica que los tratados internacionales constituyen fuentes del derecho —incorporación o recepción de los tratados—. De esta forma, la pregunta sobre el rol de los tratados dentro del sistema de fuentes del derecho penal supone la conclusión que ellos se integran o forman parte del sistema de fuentes del derecho en general[54].

---

50 ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, cit., 14.

51 REQUEJO PAGES, J. L., «En torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista española de Derecho constitucional*, n.° 34, 1992, pp. 41-66.

52 REQUEJO PAGES, J. L., «En torno a la posición...», cit., p. 42.

53 Por la incorporación al inciso segundo de una frase final. El tenor literal actual de la disposición es: «Artículo 5.°. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.
El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*» (el texto en *cursiva* corresponde al agregado por la reforma constitucional).»

54 A pesar de esta parquedad, parece existir consenso en la doctrina en que los tratados internacionales sí constituyen fuentes del derecho en general. En este sentido,

La incorporación y el valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno (es decir, las *relaciones* entre ambos órdenes normativos) necesitan de un conjunto de previsiones normativas que indiquen la forma de la *incorporación* y la forma en que las normas externas se relacionan con las demás fuentes del Derecho, aspectos pasan a ser aspectos problemáticos —en general, en cualquier ordenamiento jurídico— o porque las soluciones que al respecto entregan el derecho internacional y el derecho interno son incompatibles o porque el derecho interno no entrega solución alguna o no adopta la propia del derecho internacional[55]. En el caso chileno, el conflicto no se genera por falta de una solución (que sí existe, aportada por el derecho internacional), sino porque dicha respuesta no ha sido suficientemente desarrollada por el derecho interno; lo que en muchos casos hace producir una completa pérdida de la pretendida sistematicidad del ordenamiento jurídico. Debe comprenderse que la solución del derecho internacional —que puede expresarse en la *preeminencia* de la norma *externa incorporada* sobre cualquier otra norma interna, incluso la propia Constitución[56]—

PACHECO GÓMEZ, M., *Teoría del Derecho*, 4.ª edición, Santiago de Chile, 1990, pp. 339 y ss.; HÜBNER GALLO, I., *Introducción al Derecho*, 6.ª edición, Santiago de Chile, pp. 157 y ss.; BUSTOS VALDERRAMA, C. «Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley», *XXV Jornadas chilenas de Derecho público*, Tomo III, Valparaíso, 1994, p. 189; VILLAVICENCIO MIRANDA, L., *La Constitución y los derechos humanos*, Santiago de Chile, 1998, pp. 73 y ss.; SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho constitucional*, Tomo IV, 2.ª edición, Santiago de Chile, 1997, pp. 104 y ss.; NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Dogmática constitucional*, Talca, 1997, pp. 30 y ss.; MOLINA GUAITA, H., *Derecho constitucional*, 4.ª edición, Concepción, 1998, p. 8; SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, 2000, pp. 242 y ss.

55 Sobre los problemas que las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, ver MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público: parte general*, 2.ª edición, Madrid, 1995, pp. 511 ss.; PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6.ª edición, Madrid, 1996, pp. 191 ss.; RUBIN, S. J., «The convergence of international and national law», COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Curso de derecho internacional XIX*, 1992, pp. 123 ss. Sobre los dos sistemas de soluciones, ver GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho internacional público*, Madrid, 1995, p. 632.

56 El problema de cómo operan los tratados internacionales dentro del ordenamiento chileno se resuelve con criterios externos al propio ordenamiento, es decir, ante la inexistencia de una solución intrínseca, la solución viene determinada por el derecho internacional convencional: No se puede dejar de aplicar un tratado argumentado la existencia de una norma interna contraria al tratado, es decir, la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados establece un criterio de prelación para la resolución de la concurrencia normativa. De esta forma, el concurso de

es lógicamente incompatible con un ordenamiento diseñado hermética e impermeablemente, como el chileno. Luego, la operatividad de la solución externa así incorporada, está subordinada a una serie de compromisos de los operadores jurídicos, especialmente los órganos jurisdiccionales, que no siempre se logran.

3.3. Ubicación de los tratados internacionales en el sistema general de fuentes

3.3.1. Imposibilidad de determinar su ubicación a través del principio de jerarquía normativa

Desde una perspectiva formal se puede concebir al ordenamiento jurídico como un conjunto de fuentes del Derecho, es decir, una pluralidad de «formas o categorías que las autoridades normativas deben utilizar para incorporar al sistema jurídico los materiales (documentos normativos y disposiciones) a partir de los cuales el resto de los operadores jurídicos (y las mismas autoridades normativas) deben extraer consecuencias jurídicas»[57]. Esta diversidad de fuentes plantea la necesidad de la existencia de ciertos criterios jurídicos que determinen el orden en que tales diversas fuentes deben ser aplicadas, ya que el ordenamiento debe presentarse siempre como un conjunto coherente. Se trata de «principios estructurados del sistema [que] rigen la relación *entre los diferentes tipos de fuentes del derecho* y, precisamente por ese motivo, sirven para resolver las incompatibilidades que surjan *entre las normas jurídicas*»[58/59]. Como lo advierte DE OTTO, «Un sistema jurídico complejo supone unas reglas, por simples que sean, que al mismo tiempo

---

cualquier norma con un tratado internacional es siempre *aparente* porque deberá aplicarse *preferentemente* el tratado internacional.

57 EZQUIAGA GANUZAS, F., «Sistema jurídico y fuentes del Derecho», en BARRÈRE/ CAMPOS/ EZQUIAGA/ IGARTUA, *Lecciones de teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 186-187.

58 EZQUIAGA GANUZAS, F., «Sistema jurídico y fuentes del Derecho», cit., p. 205.

59 Entre estos criterios se encuentran, a la luz del ordenamiento jurídico chileno: *a)* los criterios de validez y aplicabilidad; *b)* el principio de jerarquía y *c)* el principio de procedimiento. El análisis específico de estos criterios de ordenación excede los límites de este trabajo. En ordenamiento jurídico chileno no puede reconocerse al principio de competencia como uno de estos criterios, en la medida que el texto constitucional no ha establecido una distribución de potestades para producir normas jurídicas de igual entidad entre órganos diferentes.

que fundamentan la pluralidad misma la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto»[60].

El principio de jerarquía normativa es un criterio de ordenación de las fuentes del derecho[61] en virtud del cual «a las normas se les asignan diferentes rangos —superior o inferior— según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido»[62]. Las relaciones jerárquicas que se establecen entre las diferentes fuentes del derecho en virtud de este criterio se manifiestan en que el ordenamiento las dota de *fuerza jurídica activa*[63] o *fuerza jurídica pasiva*[64].

Ahora bien, como la validez de los tratados viene determinada por el derecho internacional y la Constitución sólo es fundamento de su aplicabilidad (en la medida que éste se haya incorporado), la relación entre los tratados y las demás fuentes del derecho no puede ser explicada a través del principio de jerarquía normativa. En efecto, si un Estado «no [puede] invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (artículo 26 de la Convención de Viena), significa que el tratado debe ser aplicado incluso antes que una norma constitucional (comprendida dentro de las 'disposiciones de derecho interno'); si se quisiera explicar este fenómeno a través del principio de jerarquía normativa, debería concluirse que el tratado tiene una jerarquía aún superior a la de la propia Constitución[65]. En otras

---

60 DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1993, p. 87.

61 Aunque no está expresamente reconocido en la constitución chilena —como sí lo está en otros textos fundamentales—, éste puede derivarse de varias disposiciones constitucionales, como los artículos 6, 19 núm. 3, 32 núm. 3, 32 núm. 8, 82 y 87, entre otras.

62 DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, cit., p. 89.

63 La *fuerza jurídica activa* «consiste en que una norma jurídica puede modificar (y, en consecuencia, prevalecer en caso de incompatibilidad) cualquier otra norma jurídica que provenga de una norma de rango jerárquico inferior, al estar dotada de una menor fuerza jurídica» (EZQUIAGA GANUZAS, F., «Sistema jurídico y fuentes del Derecho», cit., p. 206) y también respecto de las normas del mismo nivel jerárquico, pero posteriores (reglas sobre sucesión normativa o *criterio cronológico*).

64 La *fuerza jurídica pasiva* «consiste en que una norma jurídica sólo puede ser modificada (y, en consecuencia, ceder en caso de incompatibilidad) por una norma jurídica que provenga de una fuente de rango jerárquico superior (por poseer mayor fuerza jurídica) o igual (en virtud del criterio cronológico, a pesar de poseer idéntica fuerza)» (EZQUIAGA GANUZAS, F., «Sistema jurídico y fuentes del Derecho», cit., p. 206).

65 Y por tanto, fuerza jurídica activa respecto de ésta, es decir, la incorporación de un tratado que contenga una norma incompatible con la Constitución produciría la

palabras, que el tratado poseería (aplicando el criterio del principio de jerarquía normativa) una fuerza jurídica activa, incluso frente a la propia Constitución y, desde luego, frente a las demás normas jurídicas.

Pero ese no es el sentido de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. Por el contrario, dicha convención sólo se limita a señalar que el tratado debe ser aplicado *preferentemente* respecto de las normas internas, pero en ningún caso que el tratado dispone la validez de las demás normas internas, sino que tan sólo *suspende* su aplicabilidad mientras el tratado conserve su validez. Lo anterior hace concluir que el principio de jerarquía normativa no sirve para explicar la posición que los tratados pasan a ocupar dentro del sistema de fuentes del derecho una vez que estos se incorporan al ordenamiento interno.

3.3.2. La aplicabilidad como verdadero criterio para determinar las relaciones de los tratados con las demás fuentes del derecho interno

Junto a la jerarquía normativa están los criterios de validez y aplicabilidad también como criterios de ordenación de fuentes[66].

Así como el principio de jerarquía normativa no sirve para determinar el lugar que los tratados internacionales ocupan dentro del sistema de fuentes del derecho y su validez viene determinada por el derecho internacional, el criterio de la aplicabilidad sí parece cumplir esa función, en los términos en que ya ha sido descrito anteriormente: el tratado debe ser *aplicado* preferentemente a la legislación interna; el tratado determina que la aplicabilidad de la legislación interna queda suspendida mientras el derecho internacional no decida la pérdida de validez de la norma externa, habida cuenta que la aplicabilidad de un tratado sólo se decide por el estado al momento de incorporarlo.

---

derogación de la norma constitucional (y lo mismo se produciría respecto de las demás fuentes jerárquicamente inferiores a la Constitución). Esta consecuencia es perfectamente posible de concebir, pero, si se pretende aplicar, se requiere de una autorización expresa del propio ordenamiento jurídico, que no existe en el derecho chileno.

66 DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, cit., pp. 87-88.

3.4. Los tratados internacionales: ¿fuentes del derecho penal?

Con los antecedentes que ya se han expuesto, existen tres posibles respuestas a la pregunta que titula este párrafo: a) una respuesta *formal*; b) una respuesta *material*; y c) una respuesta *política*, que obedecen, a su vez, a argumentos formales, materiales y políticos, respectivamente.

3.4.1. Respuesta formal

Fundado en un argumento formal, los tratados no pueden constituirse en fuente del derecho penal respecto de las normas de la primera especie, ya que el tenor literal del principio de legalidad los excluye, al no quedar comprendidos dentro de la expresión *ley* en sentido estricto. Luego, el establecimiento de delitos y penas al ser una de las materias que la constitución exige que sean reguladas por una ley (art. 60.2 de la Constitución chilena[67]), sólo son de dominio legal.

La expresión *ley* que emplea el texto constitucional bien puede ser interpretado en el sentido en el que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha declarado —a propósito del ejercicio de su competencia consultiva respecto del art. 30 CADH— que *ley* «significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes»[68].

3.4.2. Respuesta material

Un sistema penal de tipo garantista requiere como criterio de justificación la necesaria referencia a la lesión de un bien jurídico que se considera digno de protección (principio de lesividad[69]). Y es precisamente esa lesión (o efectiva puesta en peligro) del bien jurídico lo que

---

[67] Cuyo tenor literal es: «Art. 60. Sólo son materias de ley: 2. Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley;».

[68] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, de 09.05.1986. Serie A, núm. 6, § 21.

[69] FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*..., cit., pp. 464 ss.

determina la antijuricidad material[70]. A partir de la relación de que QUINTERO OLIVARES da cuenta entre la antijuricidad material y las normas de cultura, concluye —a mi juicio con razón— que «si cambia la norma de cultura deberá cambiar también el contenido de la antijuricidad, con lo que lógicamente habrá tantas «antijuricidades» como culturas generen derechos, mandatos y prohibiciones»[71].

Al proceso de creación normativa que se produce en la comunidad internacional concurren tantas culturas como es imaginable, de modo que, si se pretendiera «externalizar» la función de creación de normas incriminadoras, nacería —junto a la objeción jurídica que sería imposible que el sujeto conociera todas esas diferentes normas de cultura— una objeción de tipo político: no se divisa ninguna buena razón para aplicar a una sociedad unas pautas valorativas que han sido construidas por otras culturas y que tienen pleno sentido sólo en la esa dimensión temporal y espacial determinada. En este sentido, por ejemplo, no logro comprender por qué el modelo democrático de tipo capitalista occidental deba ser el modelo a aplicar en el medio Oriente o, a la inversa, un modelo teocrático de ejercicio del poder no parece ser el adecuado, al menos, para la sociedad chilena de inicios del siglo XXI.

3.4.3. Respuesta política

Aunque la perspectiva del principio de legalidad como límite al ejercicio del poder del soberano tiene orígenes históricos remotos[72], su función de garantía es producto de una evolución más reciente. Es esta perspectiva del principio de legalidad como garantía de los ciudadanos no sólo frente al ejercicio del poder por los órganos estatales, sino que

---

[70] Ver *infra* 3.4.1.

[71] QUINTERO OLIVARES, G., «El derecho penal ante la globalización», en ZÚÑIGA/ MÉNDEZ/ DIEGO (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, pp. 18 s.

[72] En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, parte general*, 4.ª edición, Barcelona, 1994, p. 123; BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 81. FERRAJOLI distingue, en este sentido, el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad penal y aborda el problema desde una perspectiva histórica, en FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, cit., pp. 382 ss. También sobre la historia del principio de legalidad, ver extensamente JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1992, Tomo II., pp. 383 ss.

como principio que caracteriza al estado de derecho democrático, constituye el argumento material que ofrece una respuesta también material a la pregunta inicial: que sólo la *ley* en sentido estricto pueda establecer delitos. El ejercicio *primario* de la potestad punitiva se ha radicado desde el nacimiento del Estado liberal de Derecho en el poder legislativo, no por una casualidad o una simple reacción histórica frente al *ancien régime*, sino porque el Parlamento (o Congreso, en el sistema político chileno) —en un plano esencialmente teórico— reúne unas determinadas particularidades que le entregan a sus decisiones una legitimación material que no es predicable de otros órganos de creación normativa, derivada del «predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano»[73]. Dicha legitimación está determinada por la representatividad que ostenta el Congreso, al cual confluyen las diferentes visiones de la sociedad democrática y que ofrece, por tanto, unas seguridades de debate y razonamiento de la decisión incriminadora. De lo anterior se desprende que la ley es «la única instancia normativa legitimada para establecer la perseguibilidad de determinadas conductas y, consiguientemente, las sanciones y las penas que puedan corresponderles, con exclusión de cualesquiera otras fuentes del Derecho»[74].

Como se comprenderá, dicha legitimidad no es predicable de los procedimientos externos de creación normativa que se realizan en la comunidad internacional y la concurrencia de la decisión del órgano legislativo —aprobando o rechazando el tratado antes de su incorporación al ordenamiento interno— no parece ser suficiente[75].

Asimismo, se puede entregar una respuesta de tipo político interna: los tratados internacionales no pueden constituirse como fuentes de normas penales incriminadoras porque la cesión a que antes se ha hecho

---

73 CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 2.ª edición, 1996, p. 107.

74 LÓPEZ AGUILAR, J. F., «La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español», *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.º 33, 1991, p. 120. En sentido similar, HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.º 39, 1993, pp. 81 ss.

75 Sobre el «déficit democrático» en los procesos de integración, ver CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001, pp. 150 ss.

referencia (ver *supra*) no alcanza a los presupuestos de validez de este tipo de normas penales. En otras palabras, el Estado no puede desprenderse de la facultad de determinar los presupuestos de validez de las normas penales incriminadoras porque (salvo que se adhiera a una concepción extrema de la cesión) el texto constitucional no lo permite. En efecto, al analizar la cesión de los presupuestos de validez concluí que la cesión debe ser interpretada como relación de distribución entre los órganos de producción normativa internos y los externos, reconociendo como límite las materias que ya tienen una regulación en el texto constitucional con las que los tratados no pueden entrar en contradicción.

En este sentido, el texto constitucional le entrega la facultad de creación de normas incriminadoras al Congreso Nacional, quien no puede cederla a otros órganos. Ejemplo de ello es la prohibición de que el Congreso delegue sus potestades legislativas al Poder Ejecutivo sobre las materias comprendidas en las garantías constitucionales (art. 61, inciso segundo) para que se dicte legislación delegada (lo que en el ordenamiento constitucional español da lugar a los decretos leyes y en el chileno, a decretos con fuerza de ley). Y una de las materias comprendidas en las garantías constitucionales es precisamente la norma que obliga a que los delitos y las penas sean establecidas por ley. Podría contrargumentarse, sin embargo, que de la prohibición de delegación de la potestad legislativa al Presidente de la República no puede derivarse, extensivamente, la prohibición de cesión a los tratados; a lo que puede contestarse que una prohibición expresa de esa cesión a los tratados no es esperable del texto constitucional, ya que ella fue diseñada sin consideración a los tratados internacionales, construyendo un sistema impermeable al derecho internacional.

4. *Fenomenología: los tratados parecen haber renunciado a la función normativa incriminadora directa. Obligaciones de penalizar contenidas en tratados internacionales*

Una completa visión fenomenológica del problema consistente en la averiguación de si existen actualmente tratados incorporados al ordenamiento chileno que de hecho se hayan constituido en fuentes del derecho penal (respecto de normas de la primera especie) requeriría una revisión exhaustiva de los tratados, tarea que es sumamente compleja no sólo por la gran cantidad de tratados, sino que también porque la determinación de si se encuentran o no vigentes requeriría un esfuerzo elefantiásico.

Sin embargo, creo que una revisión del núcleo duro de los tratados internacionales (aquéllos que conforman los estrechamente vinculados a derechos humanos) podría proporcionar luces interesantes de analizar[76/77]. Ninguno de estos tratados internacionales ha establecido delitos en el sentido estricto de la expresión, es decir, definiendo la conducta típica y atribuyéndole una específica consecuencia jurídica como pena, de modo que, hasta el momento, no contendría el ordenamiento jurídico chileno tratado alguno que contradiga la tesis de trabajo que se ha manejado en este estudio.

Sin embargo, es habitual encontrar en los tratados obligaciones de penalizar, más o menos desarrolladas, que es preciso analizar. Un ejemplo claro de esta técnica lo constituye la Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio que contiene la obligación para el Estado chileno, con arreglo a sus procedimientos internos de creación normativa, de adoptar «las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer *sanciones penales* eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio». Esta misma Convención describe la conducta de genocidio (artículo II) y obliga a castigar no sólo al autor de genocidio consumado, sino que también sus formas imperfectas, la

---

[76] Debe sumarse, además, el análisis que sobre este aspecto realizaron MATUS/ ORELLANA, «Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile», en MATUS (coord..) Y OTROS, *Derecho penal del medio ambiente*, en prensa, 2003.

[77] Algunas de estos tratados ratificados por el Estado de Chile son: La Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio; las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario (I. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; II. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; III. Convenio relativo al tratado debido a los prisioneros de guerra; y IV. Convenio relativo a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra); el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la prohibición del uso, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción; Convención sobre la prohibición de desarrollo, producción, almacenamiento y uso de armas químicas y su destrucción; los Protocolos adicionales I y II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional y Convención sobre prohibición de cualquier uso hostil o militar de técnicas de modificación del ambiente.

complicidad en el genocidio, su instigación y la asociación para cometer genocidio.

En casos como el citado del genocidio, se requiere una norma interna de desarrollo del precepto externo, sin el cual el primero queda sin aplicación y la omisión del dicho acto estatal de desarrollo puede generar responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de una obligación convencional.

El primer problema que se plantea es: ¿a través de qué fuente formal debe ser desarrollada la obligación internacional de penalizar contraída por el Estado? Y las respuestas posibles pueden ser, al menos, dos.

La primera respuesta, que esa materia queda entregada a regulación intrínseca al propio tratado, el cual podría, o remitir a una autoridad específica dentro del Estado la obligación de desarrollo o asignar la obligación a las autoridades constitucional o internamente habilitadas. En el primer supuesto (el tratado radica la obligación de desarrollo en una autoridad determinada), si dicha radicación recae sobre el mismo órgano constitucionalmente habilitado, no existiría, en principio objeción formal alguna. Sin embargo, si el tratado radicara la obligación de desarrollo en una autoridad no habilitada constitucionalmente para ello (como si le entregara al Ejecutivo la obligación de establecer un delito determinado), habría que subdistinguir si el cambio del órgano constitucionalmente es posible de efectuar por vía de tratado (y ahí estaríamos en presencia de una rehabilitación constitucional por vía de tratado; en cambio, si la rehabilitación no es posible por recaer sobre una norma comprendida en algún derecho fundamental, o el tratado no pudo haberse incorporado al ordenamiento interno o —de haber sido efectivamente incorporado—, creo que difícilmente nacería responsabilidad internacional del Estado por dejar de aplicar un tratado fundándose para ello en la vigencia de un derecho fundamental. Un ejemplo podrá probablemente clarificar lo anterior: supóngase que la Convención para la prevención del genocidio prescribiera que el Estado se obliga a sancionar el delito de genocidio, entendiéndose por tal conducta, la que establezca el Presidente de la República (en el ordenamiento chileno), o con la pena que al efecto señale esa misma autoridad interna. En este caso propuesto, el tratado estaría radicando en el Poder ejecutivo la carga de desarrollar una obligación adquirida por vía convencional. La pregunta, entonces, relevante es si esa radicación es compatible con la habilitación constitucional original. En cualquiera de los dos supuestos propuestos (desarrollo de la conducta o de la pena), la Constitución sólo habilita al Congreso para dictar la norma que el tratado requiere, de

modo que existe una incompatibilidad entre una habilitación constitucional original y la habilitación formulada en el tratado. Y dicha incompatibilidad hace surgir un nuevo interrogante: ¿cuál es la norma que cede en esta concurrencia normativa? Una primera respuesta diría que la norma interna debe ceder frente a la externa, por disponerlo la Convención de Viena sobre derecho de los tratados; pero una segunda mirada atenta al problema puede indicarnos que la solución de la Convención de Viena no es tan fácilmente aplicable, considerando que la habilitación constitucional tiene como fundamento un derecho fundamental (el principio de legalidad penal), fundamento que puede invertir la respuesta inicial en el sentido de impedir la aplicación de la radicación del tratado, sin generarse responsabilidad internacional para el Estado en virtud del principio de la interpretación progresiva de los derechos fundamentales (*favor libertatis)*, un principio de *ius cogens*.

La segunda respuesta consiste en que, a falta de regulación expresa del propio tratado, se aplican las normas internas sobre producción normativa que, en el caso chileno, el Congreso Nacional es el único órgano con capacidad de establecer delitos y penas a través de una ley.

Y sobre las obligaciones de penalizar contenidas en los tratados internacionales podrían ser predicables las mismas objeciones que respecto de los tratados que directamente contengan delitos y penas, con los fundamentos antes señalados.

III. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO PENAL: ¿HACIA UN DERECHO PENAL GLOBALIZADO?

La globalización es un fenómeno principal, pero no excluyentemente económico que se caracteriza por la creación a escala casi mundial de redes de intercambio como nunca antes las habíamos conocido, sobre la base de una nueva comprensión de las dimensiones temporal y espacial[78]. La novedad de esta nueva ordenación del mundo no se encuentra en la existencia de intercambio, porque éste siempre ha existido; por el

[78] La novedad radica en el (re)descubrimiento de la dimensión espacio-temporal *supraestatal* que ha emergido con una fuerza abismante frente a las otras dimensiones (estatal e infraestatal) a que estábamos acostumbrados desde el nacimiento del moderno estado. En este sentido, SANTOS, B. S., *La globalización del derecho*, Colombia, 1998, p. 19.

contrario, lo novedoso radica tanto en la cantidad, escala y calidad de estos intercambios, que ya no sólo recaen sobre bienes tangibles, sino que, además, sobre personas, capitales y servicios.

Aceptada que sea la naturaleza compleja de los procesos de globalización (con componentes económicos, políticos, culturales), es claro que ellos poseen, asimismo, un fuerte componente normativo, en la medida que estos reclaman de un conjunto de regulaciones que permitan la concreción, con unos mínimos de certeza y seguridad jurídicas, de estas nuevas relaciones[79].

Desde la perspectiva jurídica, en los escenarios de la globalización las decisiones en el proceso legislativo (en sentido amplio), aunque se toman dentro de las fronteras (parlamentos nacionales y órganos administrativos), ellas no son reflejo de las aspiraciones de los actores locales; es lo que Santos denomina la «transnacionalización de la regulación jurídica del Estado-nación»[80], es decir, un orden de cosas en el que «los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales»[81].

Esta *transnacionalización* propia de la globalización produce dos órdenes de consecuencias perfectamente diferenciadas: *a)* Por un lado, una alteración del paradigma territorialista de aplicación del derecho; y *b)* Por otro lado, significa una gran amenaza de crisis de la materialidad del principio de legalidad.

1. La alteración del paradigma estatal-territorialista de aplicación del derecho

Este segundo orden de consecuencias que se derivan de la transnacionalización del fenómeno jurídico que impone la globalización

---

[79] La historia ha conocido muchos procesos de globalización a lo largo de los siglos, en la medida que se defina a la globalización como la imposición de las estructuras de unos a otros. En esta perspectiva, la nota característica de nuestro actual proceso de globalización radica en que éste se ha desarrollado fundamentalmente sobre la adopción de un modelo económico determinado (el capitalismo neoliberal) y la consolidación de los intereses de países y grupos económicos que poseen una 'posición dominante' en el concierto de esta nueva economía globalizada.

[80] SANTOS, B. S., *La globalización del Derecho*, cit., p. 80.

[81] SANTOS, B. S., *La globalización del Derecho*, cit., p. 80.

significa que la globalización puede ser entendida como la crisis de la forma en que hasta ahora habíamos entendido la relación derecho-territorio-estado. El siglo XIX nos legó un esquema fuertemente estructurado sobre la relación entre esos tres términos, en el sentido que el sistema normativo (estado) era expresión del monopolio estatal de la fuerza que se expresaba a través de diferentes cauces normativos formalizados (derecho) y que se aplicaba dentro de un espacio fijado por las fronteras estatales ganadas con guerras y conquistas de larga data (territorio). Esa comprensión del fenómeno normativo es la que explica la existencia del artículo 5.º del Código penal («La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros»)[82] y del principio de la territorialidad de la ley que él recoge, el que posee un contenido mucho más extenso que la sola declaración que la ley rige en todo el territorio.

Pues bien, la globalización plantea una profunda modificación (por vías no formalmente previstas) de ese paradigma clásico, tanto en la fase de creación del derecho, como en la de su aplicación. En primer lugar, porque las concretas decisiones de política criminal, aunque se adoptan dentro de las fronteras estatales, éstas se deciden fuera del Estado, en las transnacionales, los Estados dominantes o las organizaciones internacionales.

Y en segundo lugar, la fase de aplicación del derecho en el paradigma territorialista también se ha visto modificada porque la concreción del derecho en normas de conducta con sujetos determinados ya no se produce dentro de esta dimensión espacial, sino que ella trasciende, tanto en la determinación a través de órganos jurisdicentes, como en el ejercicio de las potestades privadas de creación del derecho (contratación).

2. *La amenaza de crisis del principio de legalidad*

La transnacionalización implica, como se ha dicho, una «externalización» del contenido de los productos del ejercicio de las potestades normativas estatales. Antes he dicho que la radicación en los parlamentos nacionales de la potestad punitiva no es ni un capricho ni

[82] Que no es más que la reiteración del principio con una mayor pretensión de generalidad aplicativa, contenido en la norma del art. 14 del Código civil.

una casualidad histórica, sino que obedece al intento de encontrar en los parlamentos una instancia de debate y de representatividad de la pluralidad axiológica que subyace al sistema democrático y que plasma en normas (penales) el dinamismo social que da vida y sustancia a las sociedades y los Estados modernos.

Pues bien, la pérdida de la autonomía estatal para el establecimiento de los delitos, de las penas, de las excusas, las justificaciones y, en general, la pérdida de la autonomía en el ejercicio de la potestad punitiva significa, al final de todo, vaciar completamente de contenido al principio de legalidad, porque si la sociedad representada pierde la soberanía de determinar libremente cuáles son los bienes jurídicos que requieren protección penal, la medida y naturaleza de la pena a imponer y, en general, los presupuestos de aplicación y de no-aplicación de la pena, pierde también todo sentido que su establecimiento formal se haga a través de una ley. En este contexto da exactamente igual que los delitos y las penas se creen a través de una ley, un acto administrativo o en el manual de producción de una empresa transnacional, porque se ha perdido allí la sustancia material del principio de legalidad, que es resguardar a los ciudadanos de una decisión estatal representativa que limitará, en buenas cuentas, derechos de libertad.

3. *El derecho penal de la globalización*

La globalización requiere de unos determinados estándares de certeza y seguridad jurídicas en la protección de intereses que se pretenden lograr a través de un marco regulatorio. De esta forma, es posible concebir que se recurra a todos los órdenes de regulación y protección jurídica, tanto civiles, administrativos, fiscales y, desde luego, penales. Si esto último ocurre, es decir, que la globalización logre la protección de sus *intereses* a través del derecho penal, estaremos en presencia de un derecho penal de la globalización. Pero esta afirmación puede ser entendida en términos descriptivos; sin embargo, el presente trabajo pretende dar cuenta de un conjunto de elementos definitorios de lo que es el derecho penal de la globalización y que plantean una serie de desafíos a la dogmática penal en lo que se refiere a la defensa de las garantías enfocadas a la libertad de los ciudadanos.

Pretendo llamar la atención sobre una serie de desafíos que la ordenación contemporánea del mundo plantea a los juristas; más aun cuando de lo que se trata es de estar preparados para afrontar un proceso

de paulatino relajamiento de las garantías penales, no ya necesariamente frente a los autoritarismos operados formalmente por quienes acceden al poder estatal —como ha sido la experiencia latinoamericana reciente— sino que, frente a un poder económico que sólo reclama la protección de unos intereses de un grupo dominante. No es este un discurso neomarxista, sino que un intento de advertencia frente a la gran paradoja de nuestros tiempos: El crecimiento lejos de llegar a todos por igual, sólo beneficia a algunos pocos y empobrece cada vez más al resto.

Un intento por relacionar al derecho penal con el fenómeno de la globalización debe incluir el análisis, en primer lugar, de los aspectos constitutivos a nivel de principios sobre los que se construye el modelo normativo y, posteriormente, el descenso a la concreta regulación de las partes general y especial del derecho penal. En el presente trabajo sólo se incluirá el análisis de las estructuras básicas del derecho penal, por razones de tiempo y porque el análisis completo excede sobradamente el objetivo de esta presentación.

El Derecho penal es «el conjunto de normas jurídicas que asocian a un hecho determinado (el delito) una determinada pena y/o medida de seguridad como su consecuencia»[83]. El punto de partida se encuentra en una concepción sobre el Derecho penal que implica que el injusto «debe interpretarse de una manera objetiva, esto es, como dañosidad social (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos)»[84]. Aunque como advierte Roxin, «un Julio Verne del Derecho penal lo tiene más difícil que el propio Julio Verne»[85], sobre la base de la experiencia hasta ahora acumulada en el desarrollo del fenómeno globalizante, es posible destacar tres características del derecho penal de la globalización y concebirlas como procesos de intensificación permanente.

Estas tres notas características del derecho penal de la globalización son, a mi juicio,: *a)* Una tendencia a la expansión; *b)* Una permanente flexibilización y; *c)* Una necesidad de unificación.

---

83 POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 3.

84 POLITOFF LIFSCHITZ, S., «Derecho penal con mesura: una repuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista», *Universum*, Universidad de Talca, año 10, 1995, p. 103.

85 ROXIN, C., *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, p. 438.

3.1. El derecho penal de la globalización como derecho penal máximo

Los sistemas penales «oscilan entre dos extremos opuestos, identificables (...) con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado, del poder punitivo»[86], extremos que desde la escuela de Frankfurt se denominan *derecho penal mínimo / máximo*, respectivamente. Un modelo *maximalista* de derecho penal se identifica con un sistema de control propio de un estado autoritario o totalitario y siempre incompatible con un Estado democrático de Derecho. El *derecho penal máximo* «es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre* e *imprevisibilidad* de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación»[87]. La determinación de a cual extremo se encuentra más cercano un concreto sistema penal se logra a través de dos perspectivas: «los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema [y] a la cantidad y calidad de las prohibiciones y penas en él establecidas»[88].

De esta forma, un modelo de derecho penal máximo se configura sobre la base de dos criterios: *a)* su tendencia a la *expansión* y *b)* su tendencia a la *flexibilización*.

En lo que se relaciona con el segundo de esos criterios (la cantidad y calidad de las prohibiciones y penas en él establecidas), está determinado por los ámbitos de la vida social sobre los cuales el sistema penal ejerce su influencia y por la entidad de las consecuencias jurídicas asociadas a la transgresión de las prohibiciones. Es decir, cada vez que el sistema extiende sus fronteras o agudiza sus mecanismos estaremos en presencia de una *expansión,* un fenómeno de una indiscutible relevancia político-criminal.

La *expansión* del derecho penal puede ser enfocada desde dos perspectivas. La primera, de corte descriptivo, se refiere a un proceso en el cual el derecho penal aumenta sus fronteras de protección, es decir, incorpora sectores o campos de la vida social que antes quedaban fuera

---

86 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, cit., p. 103.
87 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, cit., p. 105.
88 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, cit., p. 104.

de su alcance regulatorio. La segunda, enteramente valorativa, como crítica frente a una decisión estatal de aumentar los ámbitos sociales que quedan dentro del marco regulatorio del derecho penal.

Ahora, en relación a este segundo criterio de medición de configuración de un derecho penal máximo, diré provisionalmente que el derecho penal de la globalización es un *derecho penal en expansión*[89].

3.1.1. El derecho penal de la globalización como derecho penal flexible

La flexibilidad/ rigidez del sistema normativo penal puede ser determinado en atención a dos criterios: *a)* la existencia; y *b)* la disponibilidad de las garantías penales (materiales e instrumentales) presentes en el sistema penal. Un sistema plenamente garantista es *rígido* en el sentido que el ejercicio de la potestad punitiva, tanto por el legislador como por el juez y los demás operadores jurídicos, se encuentra unido indisolublemente a un conjunto de límites nunca disponibles para ellos. Por el contrario, un sistema penal será flexible en la medida que éste no esté dotado de garantías estructurales tanto materiales como instrumentales o éstas sean disponibles (formal o informalmente) por los órganos estatales. Sobre la base de este criterio, caracterizaré al derecho penal de la globalización como *derecho penal flexible*. No es este lugar para intentar ni aun por aproximación, una visión panorámica de los garantías penales que involucra un sistema penal de persecución en un estado democrático de derecho.

Los principios constitucionales del Derecho penal tienen una doble función[90]. Por un lado, son *límites a la potestad punitiva* del Estado, es decir, determinan esencialmente qué conductas deben ser punibles —función de límite—. Por otro, son *garantías* de las personas frente al Estado y frente al ejercicio de su poder —función de garantía[91]— el que se hace, principalmente, a través del Derecho penal.

---

89 Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, 2.ª edición, pp. 81 y ss.

90 STAMPA BRAUN (*Introducción*, p. 178) señala que «el principio de legalidad cumple dos funciones recíprocamente condicionadas: función limitadora de las fuentes formales del Derecho penal [puesto que se proclama que es la ley la única fuente formal de nuestro Derecho] y función de garantía» (citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, cit., p. 379).

91 Como la denomina JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, cit., p. 379.

Los principios como límites a la potestad punitiva están presentes en la CPR en tanto derechos fundamentales limitadores de la soberanía; derechos fundamentales que son la concreción normativa de los principios y potestad punitiva como aspecto del poder estatal: «El ejercicio de la soberanía —y por ende, de la potestad punitiva— reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana»[92].

La segunda de las funciones de los principios constitucionales del Derecho penal, es decir, ser garantía de las personas frente al ejercicio del poder estatal, manifestado en el ámbito penal en la potestad punitiva, se reconoce en una serie de disposiciones del texto constitucional. Por de pronto, cuando la Constitución Política —CPR— señala que «Es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos, garantizados por esta Constitución, así como por lo tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes» (art. 5 [2, 2.ª parte] CPR), dentro de los que se cuentan, por cierto, aquellos principios constitucionales en materia penal. Otro tanto ocurre con la llamada *garantía general* o *principio de esencialidad de los derechos* del numeral 26 del art. 19 de la CPR. Y las normas contenidas en los arts. 6 y 7. El carácter garantista de los principios constitucionales en materia penal se confirma, por último, al estar efectivamente tutelados a través de las normas de la Parte II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—, relativos a los «medios de protección» de los derechos allí establecidos, sistema que se estructura sobre la base de dos órganos competentes: la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos, los cuales son «competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte en esta Convención» (art. 33 CADH).

El derecho penal de la globalización flexible se caracterizará porque paulatinamente se irá ablandando el rigor de la estricta legalidad del paradigma liberal clásico a través de la incorporación de tipos penales cada vez más abiertos, de tipos penales en blanco, del recurso cada vez más frecuente a los delitos de peligro abstracto y a una importancia de la omisión como conducta penalmente relevante no por la vía tipificadora, sino que a través de los delitos impropios de omisión. Asimismo, se

---

92 Véase MERA FIGUEROA, J., *Los derechos humanos en el Derecho penal chileno*, Santiago de Chile, 1998.

«flexibilizarán las reglas de la imputación»[93] y se las garantías procesales se harán paulatinamente más disponibles o se desconocerán. Todo ello porque «la globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente *prácticas*, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad»[94].

Un claro ejemplo real de la flexibilización del derecho penal de la globalización es el representado por nuestra legislación antidrogas. La pérdida de garantías de los ciudadanos en esta legislación especial se ha profundizado cuando se ha intentado poner nuestra legislación acorde con los tratados y directivas internacionales, cuyo contenido es dictado principalmente por Estados Unidos, sobre la base de una política represiva en contraposición a una política que da «prioridad al terreno de la salud, al educación, la investigación y la formación y a los instrumentos para combatir la exclusión social»[95]. Lo cierto es que «En Chile se han dictado a partir de 1969 una serie de leyes sobre estupefacientes progresivamente autoritarias. En efecto, cada una de ellas reemplaza a la anterior y acentúa su autoritarismo»[96]. La incorporación de las llamadas nuevas técnicas de investigación criminal[97] que incorpora la Ley número 19.366 que, en definitiva, no es más que la ética elegante para denominar a unas técnicas que significan la violación de derechos fundamentales de ciudadanos, «la existencia de verdaderas penas sin que conste la existencia del correspondiente delito»[98].

---

93 SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit., p. 81.

94 SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit., p. 82.

95 BLOM, T., «La política europea sobre drogas: *Europe goes dutch*», en POLITOFF/ MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, pp. 171-203. Sobre el alternativo modelo holandés, véase el interesante trabajo de VAN SWAANINGEN, R. «Política de drogas: ¿control de pecados o de estimulantes?», en POLITOFF/ MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada...*, cit., pp. 119-143.

96 DE RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo», en POLITOFF/ MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada...*, cit., pp. 69-76.

97 Como son *a)* Las entregas vigiladas o controladas; *b)* El agente encubierto; *c)* Los informantes; y *d)* La intervención, apertura o registro de las comunicaciones y documentos privados y la observación de sospechosos por cualquier medio. Sobre estas, véase DIBAN, M., «Las nuevas técnicas de investigación criminal en la Ley N° 19.366», en POLITOFF/ MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada...*, cit., pp. 207-235.

98 DE RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Las nuevas técnicas...», cit., p. 74.

3.1.2. *El derecho penal de la globalización como* derecho penal en expansión

Así como el derecho penal de la globalización requiere flexibilidad, éste también desarrollará un proceso de paulatina *expansión* en el sentido valorativo de la expresión. Es decir, en un derecho penal de la globalización es esperable un aumento en la cantidad y calidad de las prohibiciones y de las penas porque «los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas»[99].

La criminalidad asociada a globalización es principalmente económica en el que los riesgos de los que se trata de proteger ya no son necesariamente riesgos individuales, sino que de grandes intereses o bloques económicos, de la comunidad en general y de los propios Estados. Las formas más comunes dentro de este derecho penal de la globalización tendrían relación con delincuencia fiscal o tributaria, con la estabilidad económica de los estados, los fraudes en las relaciones económicas de traspaso, el narcotráfico y la protección del medioambiente.

La expansión implica el reconocimiento de tutela penal a bienes jurídicos que nunca antes habían sido protegidos por el derecho penal, bienes principalmente de carácter colectivo.

Ahora bien, la positivización del derecho penal de la globalización plantea una serie de problemas relativos a sus formas de concreción, las relaciones con el sistema penal nacional o no-globalizado y las técnicas legislativas a que se debe recurrir.

En relación al primer problema, el Estado es el que posee la facultad de establecer que determinadas conductas, en el caso de verificarse, concurriendo además otros requisitos, son el antecedente normativo de la pena en tanto consecuencia jurídica que se traduce en una limitación legítima de derechos de la persona considerada individualmente que ha verificado la conducta conminada con la amenaza penal (y, forzosamente, sólo de esa persona específica). En el pensamiento ilustrado, «el poder de crear normas incriminadoras se concebía como un derecho subjetivo de la comunidad, limitado por los derechos subjetivos de los ciudadanos,

---

[99] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit., p. 86.

según el modelo del pacto social»[100], perspectiva metajurídica del problema del *Ius puniendi*, entendiendo que esta visión extraída del Derecho privado no se condice, perfectamente, con los requerimientos y estructuras del actual Derecho penal[101]. Por ello, la *potestad punitiva* (y ya no meramente entendida como *ius* subjetivo) se hace radicar en el Estado[102]. Y no cualquier órgano del Estado puede ejercer dicha potestad, sino que sólo el Congreso Nacional a través de la dictación de una ley[103]. Pues bien, en el marco de un derecho penal de la globalización se plantea

---

100 COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, PG*, cit., p. 53.

101 Esta crítica es la que formula FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, Madrid, 1993, pp. 115 y ss., citado y su crítica expuesta por COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 54.

102 Concepción que tiene sustento normativo en los tratados internacionales con referencia —provisional— a la luz del texto positivo de la CPR. En efecto, del a. 19.3[7] CPR —que recoge defectuosamente el principio de legalidad penal— se desprende que sólo la *ley* puede establecer la pena y la conducta a la que se asocia como su consecuente; la facultad de dictar la ley radica en un órgano estatal (el Congreso Nacional); luego, la potestad punitiva radica en el Estado, o, si se prefiere, el Estado es su titular, expresión de su soberanía la cual se ejerce por el pueblo a través, entre otros canales, por las autoridades que la propia CPR reconoce (a. 5[1] CPR), soberanía que en ningún es ilimitada, sino que «reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» (a. 5[2] CPR). Por tanto, la potestad punitiva no es ilimitada. Todo lo anterior, en relativa sistematicidad con los tratados internacionales que configuran el bloque de constitucionalidad.

Este criterio se confirma en otras normas constitucionales como el a. 19.4[2] CPR o el a. 60.3 CPR.

En la doctrina del Derecho comparado también se concluye de esta forma. Así, v. gr., a la luz del a. 74.1 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana («Artículo 74. La legislación concurrente se extiende a los siguientes campos: 1)... el Derecho penal...») se desprende «el derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi* (...) pues la atribución que allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar» (ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997, Tomo I, § 10, n.º 125).

103 En virtud del principio de reserva legal [«Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella» (art. 19 núm. 3. CPR)]. Que el Congreso pueda establecer delitos y penas es resultado de una larga evolución; en nuestros días, el ejercicio de la potestad punitiva (primaria) del Estado debe recaer en un órgano que tenga legitimidad democrática a través de la elección de sus integrantes y por el respeto a unos determinados valores y límites primeramente impuestos por la sociedad. Asimismo, el Congreso ofrece seguridad al ser un órgano colegiado en el que se desarrolla una discusión.

el interrogante de quien ejercerá la potestad punitiva, en la medida que surgen nuevos delitos.

Las alternativas son dos: *a)* En primer lugar, el ejercicio radica en los órganos legisladores internos de cada país; y *b)* En un órgano supraestatal.

La primera alternativa es la que ofrece menos reparos porque con ello no se estarían pasando a llevar los postulados de nuestra democracia. Pero puede objetarse que ese órgano interno podría eventualmente perder libertad de decisión cuando se vea apremiado a legislar sobre la base de unos presupuestos que vienen impuestos por la globalización, con la consecuente pérdida de legitimidad de la decisión legislativa.

La segunda alternativa aparece como derechamente objetable por la falta de legitimidad democrática de que adolecerían esos órganos supraestatales. La soberanía nacional surgiría como obstáculo a esa concreción normativa del derecho penal de la globalización. Es efectivo que la idea de soberanía ha cambiado, pero esa modificación sólo sirve de fundamento a un progresivo proceso de vigencia real de los derechos fundamentales, pero no es válida para fundamentar precisamente la privación de derechos, como ocurre con el derecho penal.

En otro aspecto, la existencia del derecho penal de la globalización no marca el fin del derecho penal no-globalizado o tradicional que protege principalmente bienes jurídicos individuales. Junto a la criminalidad internacional organizada, el Estado también debe seguir brindando protección a la vida, a la indemnidad sexual y a la propiedad privada individual lo que «significa en realidad una renuncia a la teoría delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (...) [y] la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista»[104]. La existencia de estos dos órdenes puede hacer surgir problemas de igualdad de trato entre los sujetos, lo que obliga mantener siempre relaciones de correspondencia entre la entidad de las consecuencias y de las conductas entre uno y otro sistema.

Por último, respecto a las técnicas legislativas a que recurrirá el derecho penal de la globalización para mostrarse como eficiente serán muy probablemente aquellas rechazadas por la concepción penal liberal. El recurso súper abundante a delitos de peligro abstracto[105] y a los

---

[104] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit., p. 92.

[105] No es lugar para formular una crítica a este tipo de ilícitos. Véase, POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 180 ss.

tipos penales en blanco, la inversión de la carga de prueba, el debilitamiento de la presunción de inocencia y otras formas serán propias del derecho penal de la globalización.

Los procesos expansivos del derecho penal, ciertamente, requieren de factores externos que los condicionen. El fenómeno de la globalización no es por sí mismo uno de esos factores que puedan condicionar la expansión del derecho penal; sin embargo, uno de esos factores que pueden condicionar la expansión del derecho penal en una sociedad globalizada está constituido por el desarrollo tecnológico ha servido de instrumento a la sociedad global de redes.

El mundo globalizado plantea un nuevo escenario en el que se desenvuelven sus propias relaciones. Este nuevo escenario profundiza el nacimiento de nuevos riesgos que antes o no existían o eran mínimos. «(E)n las sociedades postindustriales desarrolladas las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren identidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, ya que ello propicia la aparición de «nuevos» riesgos de tal magnitud —especialmente de origen tecnológico—, que determina un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad del riesgo»[106]. Piénsese por ejemplo, en los efectos nocivos que sobre una economía podría producir la internación a gran escala de dineros de origen ilegal o los efectos macroeconómicos de conductas tributarias como la triangulación de las rentas o la evasión tributaria a través del control de los precios de transferencia. La reacción penal frente a los riesgos difiere sustancialmente de la reacción penal que se operaba bajo el paradigma tradicional referentes a la protección de la vida, integridad corporal e indemnidad del patrimonio particular, sobre todo si se considera que el riesgo de procedencia humana se configura como un elemento estructural de la sociedad actual[107].

Aunque lo anterior es válido sólo para los países desarrollados, ello no significa que los demás estén exentos de 'nuevos' riesgos. Por el contrario, la nueva distribución mundial del trabajo y de las actividades productivas ha significado que las actividades peligrosas o altamente

---

[106] MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo,* Civitas, Madrid, 2001, p. 25.

[107] Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit., p. 27.

contaminantes se traslade a los países de la periferia o semiperiferia mundial y son esas actividades (p. ej., manufacturación de productos radioactivos, tratamiento de desechos químicos o nucleares no reciclables, el arrasamiento de los recursos naturales, etc.) las que, para los ciudadanos de estos países, han significado fuentes de mayores riesgos que muchas veces ya se han materializado en daños concretos.

3.1.3. El derecho penal de la globalización como derecho penal unificado

Si la globalización requiere ciertos estándares mínimos de seguridad, entonces, requerirá de una estandarización de los sistemas penales. Es decir, necesitará que lo que es delito aquí también lo sea allá, con una penalidad lo más semejante posible y con proceso penal uniforme que desentrabe la acción de los operadores.

Si se considera que la globalización requiere de un reforzamiento de las estructuras de poder como garantía ineludible de funcionamiento de la sociedad global —de los países más ricos y desarrollados que son los que se han logrado globalizar activamente—, de toda una nueva ordenación normativa que regule estos procesos y, en definitiva, de una adaptación de los actores a las nuevas exigencias impuestas, entonces, la unificación no sería un proceso *recíproco* de integración, sino que una estandarización a los cánones de los países globalizantes.

Desde la perspectiva de la dogmática penal, una aparentemente buena alternativa de unificación pareciera estar constituida por el recurso a las llamadas estructuras lógico-objetivas con que la escuela finalista trató de revestir a sus postulados de un carácter supranacional. «Ello determinaría que nuestra ciencia [penal] fuera no sólo transnacional, sino, más aún, *global*, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistemas de valores»[108]. Pero, ciertamente, nada más alejado de la realidad; sólo baste recordar el fracaso del ensayo del Código penal tipo para Latinoamérica. Y por eso la unificación de la globalización es peligrosa porque ella puede terminar imponiendo un sistema penal ajeno a nuestra cultura jurídica.

[108] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit., p. 92.

4. *El problema de los bienes jurídicos protegibles*

Una vez que se ha sentado que la globalización puede producir como efectos sobre el derecho penal una tendencia a su maximización y a su unificación, es conveniente detenerse en el análisis de un problema especial representado por los intereses protegibles.

4.1. 'Bien jurídico' y 'bien jurídico-penal': el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal como criterios de legitimación provisional

Si se admite que el Derecho penal protege bienes jurídico-penales, es menester precisar que es posible establecer una relación de género a especie entre el 'bien jurídico' y el 'bien jurídico-penal'. Como pone de manifiesto MIR PUIG, «que el Derecho penal *sólo* deba proteger 'bienes jurídicos' no significa que *todo* 'bien jurídico' haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal (...). El concepto de 'bien jurídico' es, pues, más amplio que el de 'bien jurídico-penal'»[109]. El establecimiento de dicha relación género-especie se configura en atención a criterios materiales de limitación del Derecho penal: el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario. El carácter fragmentario del Derecho penal «en el sentido que del ámbito de los hechos ilícitos sólo algunos están 'recortados' en la forma de figuras delictivas (tipos penales), que componen, así un catálogo o 'archipiélago'»[110], mientras que el carácter subsidiario lo es «en cuanto la reacción del Estado debe tomar en cuenta la relación de medio a fin»[111]. En el pensamiento ilustrado, «el poder de crear normas incriminadoras se concebía como un derecho subjetivo de la comunidad, limitado por los derechos subjetivos de los ciudadanos, según el modelo del pacto social»[112], perspectiva metajurídica del problema del *Ius puniendi*, entendiendo que esta visión extraída del Derecho privado no se condice, perfectamente, con los requerimientos y estructuras del actual Derecho

---

[109] MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1995, p. 101.
[110] POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 19.
[111] POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 20.
[112] COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 53.

penal[113]. Por ello, la *potestad punitiva* (y ya no meramente entendida como *ius* subjetivo) se hace radicar en el Estado.

El desarrollo de la moderna dogmática penal se basa en el nivel de interioridad/ exterioridad de sus postulados básicos. Y una de las proyecciones de dicho criterio de análisis es la formulación de una teoría fundada en el resultado de la acción con relevancia penal[114]. «Tras la Segunda Guerra Mundial, con el renacimiento de una cultura penal

---

[113] Esta crítica es la que formula FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, Madrid, 1993, pp. 115 y ss., citado y su crítica expuesta por COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 54.

[114] Mucho tiempo después de finalizado el período del nacional-socialismo se produjo el surgimiento de una teoría penal orientada a las consecuencias; no fue un retorno a la tradición rota por el período nacional-socialista del subjetivismo (que comienza a manifestarse aún antes de la llegada de los nazis al poder) porque como señala HASSEMER, la orientación a las consecuencias «que en el Derecho penal clásico sólo era un criterio adicional para justificar una adecuada legislación se ha convertido en el objetivo predominante del Derecho penal moderno» (HASSEMER, W., «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, 1992, p, 239). A partir de la década del sesenta, en Alemania «el pensamiento penal cambió de una orientación 'input' a una 'output': de una justificación del derecho penal desde el concepto y el sistema a una justificación desde las consecuencias que este produce» (HASSEMER, W., «La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, p. 51). En todo caso, la teoría penal orientada a las consecuencias cobró un fuerte impulso en Alemania a propósito de las críticas que una parte de la doctrina formuló al Proyecto de Código penal para la República Federal Alemana de 1962 y que se condensaron en el Proyecto Alternativo el cual «se esforzó en restringir la punibilidad a la protección de bienes jurídicos, eliminando todas las tendencias moralizadoras» (ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., Tomo I, §4, n. 22). El Proyecto de 1962 indicaba que «El punto de vista de que la amenaza de pena sólo está justificada cuando esté en juego la protección de un determinado bien jurídico, ni está reconocido de modo general en la dogmática jurídico penal, ni ha sido hasta ahora la pauta exclusiva de la legislación en el campo del Derecho penal. Cierto que las normas jurídicas penales sirven muy preferentemente para proteger bienes jurídicos; pero ello no excluye que se castiguen ciertos casos de conductas especialmente reprobables y vergonzosas según la convicción general incluso aunque el hecho concreto no lesione ningún bien jurídico directamente determinable» (citado por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», Cuadernos de política criminal, n.º 43, 1991, p. 11).
Paralelo a ello, el finalismo se aferró y se proyecta hasta nuestros días. Una explicación de las posibles causas de la «recepción ingenua o, por lo menos, aséptica de la teoría [final de la acción] después de 1945», en FROMMEL, M., «Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, mayo-agosto, 1989, pp. 629 ss.

liberal y democrática, el concepto de bien jurídico ha recuperado su carácter garantista»[115], advierte FERRAJOLI, recuperación que comenzó a hacerse más notoria a partir de la década del sesenta[116].

Un modelo garantista de Derecho penal, basado en las exigencias de un sistema democrático, requiere ser fundamentado en el resultado, es decir, en la lesión o efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos. El principio del *nullum crimen sine iniuria*, es decir, el principio de lesividad, es la más clara expresión de un sistema que se basa en la exterioridad del resultado producido. Pero lo anterior debe ser entendido en la justa medida que impida llegar a un extremo en el sentido que «la sola consideración del resultado, si bien reafirma el papel del bien jurídico, en la teoría del delito nos lleva a la llamada responsabilidad objetiva»[117]. No debe olvidarse que la estructura dogmática del delito también importa un elemento significativo al momento de encontrar el fundamento del ilícito. Y una de las categorías dogmáticas del delito está representada por «la necesidad de que al sujeto que realizó un hecho dañoso pueda imputársele *también subjetivamente* el resultado de su acción —como condición para la existencia del delito—»[118]. Por tanto, el resultado tiene un carácter co-fundante del ilícito, cuya fundamentación requiere, además, elementos subjetivos.

En una teoría penal orientada a las consecuencias, «el derecho penal —advierte HASSEMER— se presenta como un instrumento de control al que sólo se puede recurrir para la necesaria protección de los intereses humanos más elementales en tanto que no se pueda disponer de otros instrumentos inofensivos que tengan una eficacia comparable»[119], en la cual, «el legislador sólo puede amenazar con una pena en la medida en que sea indispensable para la protección de bienes jurídicos por la comunidad (...)Allí donde existen dudas sobre este aspecto, se debe mantener siempre una actitud de reserva, pues, de lo contrario, el legislador puede llegar a hacer suyo un concepto indigno, contrario al

---

115 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, cit., p. 470.

116 Los aportes de la dogmática italiana no han sido, en ningún caso, menos importantes, ya que «el debate sobre la constitucionalización del principio de lesividad ha tenido un claro acento italiano» (GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, p. 47).

117 BUSTOS RAMÍREZ, J., «Consideraciones en torno al injusto», *Nuevo pensamiento penal*, año 3, 1974, pp. 41 y ss., citado por SANCINETTI, 1991: 104.

118 POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 311.

119 HASSEMER, W., «La ciencia jurídico penal...», cit., p. 56.

Estado de derecho y a la idea de libertad. La tesis de que es mejor castigar a algunos inocentes que dejar son castigar a algunos culpables, aquélla que defiende que sea mejor dar poca libertad que demasiada, significa, siempre, una toma de postura contraria a la presunción de inocencia que debe ser rechazada en un Estado liberal»[120]. El postulado que sólo hay delito en la medida en que existe lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal es aceptada casi unánimemente por la doctrina. La teoría dogmática orientada a las consecuencias es la única que permite, en el actual desarrollo de la dogmática penal, la concreción de los principios garantistas y, por ende, de un Estado materialmente democrático.

La antijuricidad es una de las categorías de la definición dogmática del delito[121], fue concebida, primeramente, como la mera infracción de una norma penal, es decir, como la «relación de contradicción de la conducta con los mandatos y prohibiciones del orden jurídico»[122], concepción que se justifica en una perspectiva estrictamente positivista.

Pero desde VON LISZT la antijuricidad deja de tener el papel de mera relacionadora del delito con el ordenamiento jurídico. Unido a la idea de la 'dañosidad social', surge la *antijuricidad material*, entendida como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales[123]. De modo que, desde una perspectiva teórica, es posibles afirmar la existencia de una relación de necesidad entre cada descripción típica y un bien jurídico-penal. Sólo de esta forma, es posible concebir límites a la facultad legislativa de elevar a la categoría de hechos ilícitos penales y, a su vez, de la facultad de interpretar los concretos tipos penales, un determinado conjunto de conductas. Y es que el bien jurídico-penal se ha transformado en un instrumento técnico-jurídico que opera en esos dos momentos

---

120 KLUG, «Rechtphilosophische und rechtpolitische Probleme des Sexualstrafrechts», en BAUER, F. y OTROS (ed.), *Sexualität und Verbrechen*, Frankfurt am Main, 1963, pp. 27 y ss., citado por HASSEMER, W., «Consideraciones sobre la víctima del delito», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, 1990, p. 241.

121 Excluyéndose, de esta forma, la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, se niega identidad propia a la antijuricidad como categoría dogmática del delito. La diferenciación de la tipicidad y de la antijuricidad abre la puerta para el establecimiento de causales supralegales de justificación (POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 255 ss.).

122 POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 257.

123 POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal...*, cit., p. 257.

diferentes (momentos legislativo[124] y judicial)[125], los que coinciden con sus funciones (función política y función dogmática, garantística o de seguridad, respectivamente)[126]. La relación de necesidad entre el delito y el bien jurídico-penal, sin embargo, no es biunívoca: no es posible concebir, desde una perspectiva liberal, un delito sin lesión (o puesta en peligro, idealmente, concreto) de un bien jurídico-penal (reafirmación de la opción por una teoría penal orientada a las consecuencias); pero a la inversa, no toda lesión de un bien jurídico-penal constituye un delito. Y ello, porque el bien jurídico-penal no es el único instrumento técnico-jurídico, de operación política y dogmática, de limitación de la potestad punitiva e interpretativa del Estado.

La comprensión del concepto de bien jurídico-penal pasa por la aceptación que «Toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo. Y a alguien relacionados. Relación que expresa un interés»[127] y que, por tanto, «tras las prohibiciones o mandatos normativamente acuñados, existe la protección de intereses. Y no el reflejo de una voluntad divina o la plasmación de un orden natural, de donde dimanan nudos deberes que, por ese origen, han de ser acatados bajo amenaza de que su infracción implicará un castigo»[128].

Y es precisamente esa protección de intereses lo que puede distorsionar la función garantista del bien jurídico-penal en un derecho penal de la globalización, en la medida que «A través de su forma institucional privilegiada, las ETN [empresas transnacionales], la burguesía empresarial transnacional (...) se ha convertido en el principal actor de la globalización de la economía»[129]. Luego, esa posición principal puede

---

[124] En este sentido, MIR PUIG, S., «El sistema de derecho penal en la Europa actual», en SILVA SÁNCHEZ/ SCHÜNEMANN/ FIGUEIREDO (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 32-33, para quien la noción de bien jurídico-penal establece lo que es prohibible por el derecho penal y que, por ende, actúa en un estadio anterior, es decir, al decidir el contenido de los concretos tipos penales.

[125] En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El bien jurídico en un Derecho penal garantista», *Jueces para la democracia*, n.º 30, 1997, p. 17.

[126] En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, 1990, p. 7.

[127] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites...», cit., p. 5.

[128] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites...», cit., p. 6.

[129] SANTOS, B. S., *La globalización del Derecho*, cit., p. 62.

convertirse, sin inconvenientes, en una posición dominante y ello, unido a la transnacionalización de la regulación jurídica puede conducir a una situación en la que los 'intereses' de los grupos dominantes pasen a constituir los 'intereses sociales protegibles' y, por tanto, lo prohibible.

De esta forma, esos nuevos intereses a proteger puede adoptar formas reñidas con las esperables en un sistema garantista: intereses difusos, colectivos, de protección penal anticipada (delitos de peligro abstracto) o que no respondan a las aspiraciones proteccionistas de la colectividad (imposición de protección de intereses individuales) pueden conducir a un creciente desprestigio del derecho penal. Todo lo anterior, con evidentes conflictos con la aspiración de la aplicación de un programa igualitario a través del derecho penal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRON/ BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 2.ª reimp., 1993.

ÁLVAREZ, L., «Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos», *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, número 2, 1997, pp. 101-102.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», Cuadernos de política criminal, n.º 43, 1991, p. 11.

ANDRADE GEYWITZ, C., *Génesis de las Constituciones de 1925 y 1980*, Santiago de Chile, 1988.

ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 14.ª ed. it., Milano, 1997.

ATRIA LEMAITRE, F., «¿Qué desacuerdos valen? La respuesta legalista», *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 8, n.º 1, 2002, pp. 419 ss.

ATRIA, F., *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de análisis jurídico, n.º 36, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ed. cast. trad. de Juan Antonio de las Casas, 7.ª reimp., Madrid, 1994.

BLOM, T., «La política europea sobre drogas: *Europe goes dutch*», en POLITOFF/ MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, pp. 171-203.

BLUMENWITZ/ GAETE, *La Constitución de 1980. Su legitimidad*, Santiago de Chile, 1981.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, parte general*, 4.ª edición, Barcelona, 1994.

BUSTOS VALDERRAMA, C., «Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley», *XXV Jornadas chilenas de Derecho público*, Tomo III, Valparaíso, 1994, p. 189.

BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, 1997.

CARBONELL MATEU, J. C , *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª edición, Valencia, 1996.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001.
CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal*, traducción por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1956-1967.
COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, parte general*, 4.ª edición, Valencia, 1996.
COUSIÑO MAC IVER, L., *Derecho penal chileno*, Tomo I, Santiago de Chile, 1975.
CRISTI, R., «The metaphysics of constituent power: Schmitt and the genesis of Chile's 1980 Constitution», *Cardozo Law Review*, volumen 21, 2000, pp. 1766 ss.
CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*, Santiago de Chile, 2000.
CUMPLIDO, F., «Los tratados internacionales y el artículo 5.º de la Constitución», *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, n.º 2, 1997, pp. 96-97.
CURRY URZÚA, E., *Derecho penal, parte general*, Tomo I, 2.ª edición, Santiago de Chile, 1992 (segunda reimp., 1999).
DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1993.
DE RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo», en POLITOFF/ MATUS, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, pp. 69-76.
DEL RÍO, R., *Explicaciones de Derecho penal*, Tomo II, Santiago de Chile, 1945.
DIBAN, M., «Las nuevas técnicas de investigación criminal en la Ley N° 19.366», en POLITOFF/ MATUS, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, pp. 207-235.
DÍEZ RIPOLÉS, J. L., «El bien jurídico en un Derecho penal garantista», *Jueces para la democracia*, n.º 30, 1997, p. 17.
ETCHEBERRY, A., *Derecho penal*, Tomo I, 2.ª edición, Santiago de Chile, 1976.
EZQUIAGA GANUZAS, F., «Sistema jurídico y fuentes del Derecho», en BARRÈRE/ CAMPOS/ EZQUIAGA/ IGARTUA, *Lecciones de teoría del Derecho*, Valencia, 1998.
FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4.ª ed. cast., Madrid, 2000.
FEUERBACH, *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, ed. cast. trad. de la 14.ª ed. alem. Por Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires, 1989.
FROMMEL, M., «Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, mayo-agosto, 1989, pp. 629 ss.
FUENSALIDA, A., *Concordancias i comentarios al Código penal chileno*, Santiago de Chile, 1883.
GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996.
GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal, parte general*, t. I, Santiago de Chile, 1997.
GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho internacional público*, Madrid, 1995.
GUZMÁN DÁLBORA, J. L., «Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)», *Anuario de filosofía jurídica y social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1994.
HASSEMER, W., «Consideraciones sobre la víctima del delito», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, 1990, p. 241.
HASSEMER, W., «La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, p. 51.
HASSEMER, W., «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, 1992, p. 239.
HÜBNER GALLO, I., *Introducción al Derecho*, 6.ª edición, Santiago de Chile.

HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.º 39, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Buenos Aires, 1992.

KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, ed. cast. trad. de Eduardo García Máynez, Ciudad de México, 5.ª reimp. De la 2.ª ed., 1995.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed. cast., trad. de Roberto Vernengo de la ed. alemana de 1960, Ciudad de México, 1960.

LABATUT, G., *Derecho penal*, Tomo I, 9.ª edición, Santiago de Chile, reimp. 1995.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., «La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español», *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.º 33, 1991.

MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público: parte general*, 2.ª edición, Madrid, 1995.

MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

MERA FIGUEROA, J., *Los derechos humanos en el Derecho penal chileno*, Santiago de Chile, 1998.

MOLINA GUAITA, H., *Derecho constitucional*, 4.ª edición, Concepción, 1998.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno», *Ius et praxis*, Universidad de Talca, año 2, n.º 2, 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Dogmática constitucional*, Talca, 1997.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril, 1990.

PACHECO GÓMEZ, M., *Teoría del Derecho*, 4.ª edición, Santiago de Chile, 1990.

PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6.ª edición, Madrid, 1996.

POLITOFF LIFSCHITZ, S., *Derecho penal, parte general*, Tomo I, 2.ª edición, Santiago de Chile, 2001.

QUIJADA B., R., *Comentario al artículo 1.º del Código penal*, Santiago de Chile, 1901.

QUINTERO OLIVARES, G., «El derecho penal ante la globalización», en ZÚÑIGA/ MÉNDEZ/ DIEGO (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002.

QUINZIO FIGUEIREDO, M., «Internacionalización de los derechos humanos. Fin del mito de la soberanía nacional», *La Semana Jurídica*, n.º 24, pp. 5-6.

RESQUEJO PAGES, J. L., «En torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 34, 1992, pp. 41-66.

ROLDÁN, A., *Elementos de derecho constitucional de* Chile, Santiago de Chile, 1913.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997.

ROXIN, C., *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998.

RUBIN, S. J., «The convergence of international and national law», en **Comité Jurídico Interamericano**, *Curso de derecho internacional XIX*, 1992, pp. 123 ss.

RUIZ-TAGLE VIAL, P., *Revisión crítica del Derecho*, Santiago de Chile, 1991.

SANTOS, B. S., *La globalización del derecho*, Colombia, 1998.

SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho constitucional*, Tomo IV, 2.ª edición, Santiago de Chile, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ/ SCHÜNEMANN/ FIGUEIREDO (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 32-33.
SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, 2000.
SQUELLA, A., (ed.), *La cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, 1998.
TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 33, septiembre-diciembre, 1991.
VAN SWAANINGEN, R., «Política de drogas: ¿control de pecados o de estimulantes?», en POLITOFF/ MATUS, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, pp. 119-143.
VILLAVICENCIO MIRANDA, L., *La Constitución y los derechos humanos*, Santiago de Chile, 1998.
ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Madrid, 1999.

La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?

Eduardo Ramón Ribas
Prof. Titular Interino de Universidad de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

Sumario: I. La protección de bienes jurídicos, a través de la prevención de delitos, como función del Derecho Penal. 1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 2. Reconocimiento de bienes jurídicos y competencias del legislador penal. 3. Derecho Penal estático y Derecho Penal dinámico. 4. La necesidad del Derecho Penal como *respuesta* al delito. II. La respuesta del Derecho Penal al crimen: las consecuencias jurídicas del delito. 1. Las penas. 1.1. La prevención como fin: prevención general y prevención especial. 1.2. La retribución: fundamento y límite de la pena. 1.3. Presupuestos de la pena. 2. Las medidas de seguridad. 2.1. Las medidas como instrumento de prevención especial. 2.2. La peligrosidad criminal como fundamento de las medidas. 2.3. Presupuestos. 2.4. Naturaleza jurídica. 3. La combinación de penas y medidas de seguridad: el sistema vicarial. 4. Las consecuencias accesorias. 4.1. El comiso. 4.1.1. Regulación general del comiso en el Código Penal de 1995. 4.1.1.1. Normativa vigente. 4.1.1.2. La reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. 4.1.2. Naturaleza jurídica del comiso. 4.1.2.1. El comiso como pena accesoria. 4.1.2.2. El comiso como consecuencia accesoria. 4.1.2.3. Significación penal del comiso: tercera vía. 4.1.3. Fundamento y presupuestos. 4.1.3.1. Legislación vigente. 4.1.3.2. LO 15/2003, de 25 de noviembre. 4.1.4. Función. 4.2. Las medidas contra empresas y sociedades del artículo 129 CP. 4.2.1. Consideraciones generales: su carácter novedoso. 4.2.2. Significación penal. Naturaleza jurídica. 4.2.2.1. El artículo 129 como sistema de penas para personas jurídicas. 4.2.2.2. Las medidas contra empresas y sociedades como consecuencias penales autónomas. 4.2.3. Fundamento, función y presupuestos. 4.3. Conclusiones. 5. La responsabilidad civil *ex delicto*. 5.1. Naturaleza jurídica. 5.2. Función. 5.3. El Derecho Penal como instrumento de política civil. 5.4. La transformación de la responsabilidad civil: la reparación como consecuencia penal del delito. 6. Penas a sujetos colectivos: la responsabilidad penal de organizaciones y personas jurídicas. Breve referencia a los artículos 31 y 369 del CP, reformados por la LO 15/2003

I. LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS, A TRAVÉS DE LA PREVENCIÓN DE DELITOS, COMO FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. El principio de protección exclusiva de bienes jurídicos

Concebidos el delito o la falta como lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico, su prevención, objetivo inmediato del Derecho Penal, constituye un modo de tutelar bienes jurídicamente valiosos, función última, según se reconoce en la actualidad de forma prácticamente unánime, del Derecho Penal.

La función del Derecho Penal no es, en consecuencia, la que apuntan las teorías preventivas de la pena, mayoritariamente aceptadas en la doctrina, ni, por supuesto, las teorías retributivas, sino, insisto, la tutela de bienes jurídicos, función, ésta, que pretende realizarse, ciertamente, mediante la prevención de conductas que lesionan o ponen en peligro aquellos bienes jurídicos.

Debe distinguirse, por tanto, entre los fines de las penas y el fin del Derecho Penal. Aunque las teorías de la pena suelen tomarse, como adelantaba, como teorías del Derecho Penal todo, la pena sólo es un instrumento de éste, a través del cual se pretende alcanzar su verdadero objetivo: la tutela de bienes jurídicos. La prevención, fin propio de las penas, no es, en consecuencia, el fin del Derecho Penal, sino el medio elegido por éste para realizar el que sí es su fin, la mentada protección de intereses jurídicos.

Mediante la prevención del crimen, el Derecho Penal actúa *antes* de que el objeto tutelado sea lesionado, sin *esperar*, por tanto, a que se produzca la conducta que compromete seriamente la existencia del bien protegido, que lo lesiona o pone en peligro, como sucede, por ejemplo, con el *derecho reparador*, dirigido a *recuperar o reparar* el bien o, si ello no fuera posible, a *indemnizar* los perjuicios que se hubieren causado. Incluso cuando supedita la actuación de sus consecuencias a la previa realización de una conducta desvalorada por afectar, en forma de lesión o peligro, a un bien, el Derecho Penal se comporta como un *derecho preventivo*, pues también entonces la intervención penal está orientada a evitar nuevas conductas delictivas y no a reparar el daño causado o a retribuir el comportamiento desviado, infiel, según se afirma últimamente, a la norma.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos expresa, en suma, la función que es propia del Derecho Penal y, consecuentemente, de todas y cada una de sus normas: a pesar de que la tutela de bienes jurídicos no es una función exclusiva del Derecho Penal, la función de éste sí es, exclusivamente, proteger, previniendo su lesión, bienes jurídicos y, más concretamente[1], bienes constitucionalmente relevantes, constituyendo todo delito, y toda falta, o, mejor, su genérica previsión como comportamiento severamente desvalorado por lesionar o poner en peligro un bien, o por no interrumpir o neutralizar el peligro que lo amenazara[2], un instrumento de tutela de un determinado bien jurídico.

De ahí que sólo en la medida en que un comportamiento descrito en un tipo penal sea interpretado en el caso concreto como una efectiva lesión o puesta en peligro del bien por él protegido pueda ser calificado como típico, esto es, penalmente relevante. Sin dicha afección de bienes jurídicos, sin una conmoción objetiva del ordenamiento, incapaz de ser sustituida por una voluntad desleal no traducida objetivamente, la conducta será atípica.

2. *Reconocimiento de bienes jurídicos y competencias del legislador penal*

Entendida en estos términos la función del Derecho Penal, no es competencia de éste, además de su salvaguarda, el reconocimiento o creación de bienes jurídicos. En caso contrario, el principio de exclusiva protección de bienes no tendría efecto limitador alguno: si fuera el Derecho Penal (es decir, el legislador ordinario) el que, mediante la creación de una figura delictiva, siempre nacida con un fin[3], transforma-

---

1 Por exigencias derivadas del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

2 Fuere creado dolosa, imprudente o fortuitamente por el propio autor, un tercero, la víctima o consecuencia de fenómenos naturales.

3 *"Toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo. Y a alguien. Algo y alguien relacionados. Relación que expresa un interés.*
Sea cualquiera el lugar, el tiempo y el signo político de ese surgimiento y sea cualquiera la índole del interés, tengo por cierto que una norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado". Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1990, p. 5.

ra en jurídico un determinado bien, toda decisión criminalizadora se mostraría conforme, independientemente de su contenido, con el mentado principio[4]. O, con otras palabras, no existirían delitos o faltas que no protegieran algún *bien* o *interés* y, por tanto, respetaran formalmente, adquiriendo aquél la condición de *jurídico*[5], el principio de protección de bienes jurídicos.

El concepto de bien jurídico le viene dado, así, al legislador penal, entre cuyos cometidos no figura, por tanto, la creación de bienes jurídicos[6]. *No es el Derecho Penal el que decide el nacimiento para la vida*

---

4 Sólo la consideración de que la tipificación de una conducta se opone a la Constitución supondría una limitación de la libertad del legislador.

5 Desde esta perspectiva, no resulta posible afirmar, sin más, que, desde el momento en que una norma alcanza vigencia, el interés por ella protegido "*se transforma en interés jurídico*" al que la taumaturgia del Derecho tornará, en ese mismo instante, en bien jurídico. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", ob. cit., p. 5.
La abstracta capacidad de transformar en bienes del Derecho intereses no jurídicos la posee, indudablemente, la Constitución y, seguramente, otras ramas del ordenamiento no obligadas a seleccionar sus intereses entre los bienes con relevancia constitucional, pero no, dadas sus características, el Derecho Penal, limitado en sus facultades electivas y, por ello, capacitado únicamente para transformar en bienes del Derecho Penal intereses jurídicos constitucionalmente relevantes.

6 La inexistencia de un tipo penal que castigue conductas que atentan contra un concreto bien no significa, por ello, que éste no tenga carácter jurídico. Esta condición no depende de la existencia de una norma penal que suponga, implícitamente, el reconocimiento del valor jurídico del bien. Únicamente supone que el legislador ha considerado inadecuada o innecesaria la intervención del Derecho Penal frente a determinados comportamientos. El Derecho Penal no contempla, por lo tanto, la realidad social a través de los tipos penales (aunque decidir si un comportamiento presenta una dimensión penal requiere contemplarlo precisamente a través de dichos tipos penales), sino que éstos son producto de la previa observación de dicha realidad. En ellos se expresa la selección de conductas que han sido consideradas merecedoras de pena. Y, lógicamente, toda selección presupone un análisis previo: la función de delimitación de los comportamientos penalmente relevantes ha de operar sobre la base que nos proporciona la observación del objeto (realidad social) del que se extraen las conductas seleccionadas. Esto es, la mirada del Derecho Penal se extiende, necesariamente, más allá del marco trazado por los tipos penales.
Entre el conjunto de valores explícita o implícitamente reconocidos por la Norma Fundamental, el legislador ordinario selecciona los que conforman, en su opinión, siempre constitucionalmente orientada, los presupuestos imprescindibles para la construcción de una sociedad de libertades, las señas de identidad del Estado social y democrático de Derecho. La atipicidad de un comportamiento no debe interpretarse, en consecuencia, como lógico correlato de la ausencia de un bien jurídico susceptible

jurídica de un determinado bien. A él le corresponde una función mucho más modesta pero no por ello menos importante: decidir si se ofrece y, en su caso, ofrecer, tutela penal, un sistema de garantías, a valores con relevancia constitucional, esto es, a bienes jurídico-constitucionales, que, desde entonces, serán, además, bienes jurídico-penales.

La efectividad de aquel principio en su dimensión garantista exige, por tanto, una referencia valorativa de rango superior a las leyes con las que el legislador actúa su potestad punitiva[7]. Sólo así tendrá el concepto de bien jurídico, como señala ÁLVAREZ GARCÍA[8], *autoridad frente al legislador*:

"Si queremos establecer límites al derecho de castigar del Estado, éstos deberán ser proporcionados por el ordenamiento constitucional. Porque sólo el poder constituyente y su producto normativo típico que es la Constitución, pueden condicionar la actividad de un poder constituido como es el legislativo en aquellos ordenamientos, como en el nuestro, en los que se adopte un concepto formal de ley. Es decir: si el Estado crea el ordenamiento y de lo que se trata es de fijar un límite —mediante el

---

de protección o como un hecho invisible para el Derecho Penal. Antes al contrario, ha de contemplarse como expresión de una decisión a favor de la no intervención: el legislador no ha considerado conveniente la actuación penal.

7 Vid. también, en este sentido, CARBONELL MATEU, Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 207 a 209: "*El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: «nullum crimen sine iniuria». En el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia de un bien jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas —ni obligar a la realización positiva— si no es en virtud de que resultan lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valoradora de la norma, el principio de ofensividad, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado*". Y la dignidad tiene una doble vertiente: "*formal —su relevancia constitucional— y material —su incidencia en las esferas de libertad ajenas—*". En relación con la primera, resulta fundamental la Constitución, pues es ella la que "*como norma valoradora por excelencia*", "*va a determinar el sistema de valores a tutelar*".

8 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 11.

concepto de bien jurídico— al poder de castigar del Estado, éste no puede encontrarse en el propio ordenamiento producido por el legislador ordinario. Esto constituiría, a mi entender, una contradicción lógica y material insalvable. El límite, por el contrario, tiene que ser impuesto externamente al legislador; pero a la vez ha de tener el consecuente carácter normativo para no incurrir en los errores en los que han caído otros planteamiento"[9].

Dicho de otro modo, el límite derivado de la necesidad de proteger exclusivamente bienes jurídicos dejaría de existir *"si se deja en manos del legislador ordinario la determinación de qué es lo que se considera vital"*, es decir, de los bienes penalmente protegibles[10].

3. *Derecho Penal estático y Derecho Penal dinámico*

La distinción entre Derecho Penal estático y Derecho Penal dinámico alude a la diferencia entre la *evitación del delito* conseguida mediante la simple tipificación como delito o falta de una conducta, y la *evitación o prevención del crimen* a través de la *respuesta al delito*, de la *reacción* del Derecho Penal, cada vez más diversificada, contra la infracción de sus normas.

Dicho de otra forma, el Derecho Penal, sus normas, son operativas no sólo cuando se aplican a un sujeto y un hecho concretos, sino desde el mismo momento en que se produce su entrada en vigor. Y es que, como observa QUINTERO OLIVARES, *"el problema penal"*, en efecto, *"no se reduce a un sistema de previsión de reacciones jurídicas llamadas penas ante la comisión de un hecho tipificado como delito"*, sino que también *"es un poderoso elemento que coadyuva a la estructuración de la sociedad y que expresa relaciones de poder y sometimiento en el seno de la misma"*. Por ello, *"la idea de que el Derecho Penal está previsto para los delincuentes constituye, además de una intolerable simplificación, un desconocimiento de la capacidad que el instrumento represivo tiene para disciplinar voluntades, con lo cual resulta obvio que el problema penal afecta en la misma medida a los que infringen los preceptos penales como a quienes*

---

9 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, ob. cit., p. 12.
10 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, ob. cit., p. 11.

los cumplen, cosa que tal vez no hubiesen hecho de no existir aquel precepto"[11].

"Dada la intimidación producida por la conminación de sanciones", el Derecho Penal *"es ya entonces operativo, en el sentido de que se supone que orienta y ordena el comportamiento de la generalidad de los individuos"*, los cuales, insiste QUINTERO OLIVARES, *"de no existir aquellas leyes, tal vez obrarían de otra manera"*[12].

El Derecho Penal se dirige, por tanto, a todos los ciudadanos, cuyas voluntades pretende disciplinar, manifestándose con toda su intensidad sobre quienes han infringido sus normas, pues serán ellos los sujetos pasivos de la *respuesta penal*. Observado desde su misma existencia como derecho positivo, esto es, independientemente de su aplicación a supuestos de hecho concretos, el Derecho Penal es contemplado en su *dimensión estática*[13], quizá más significativa, aunque menos evidente, que su *dimensión dinámica*.

En efecto, las estadísticas sólo informan sobre las cifras de criminalidad, denunciada o no, o, con otras palabras, sobre el número de *fracasos* del Derecho Penal: cada delito, cada falta, evidencia, ciertamente, un fracaso singular de aquél, y, en la medida en que existe una respuesta oficial a dicho delito, se patentiza igualmente su aplicación. Oculta queda, sin embargo, su efectividad en su dimensión estática, esto es, su incidencia real en los comportamientos de los destinatarios de las normas penales, pues no existen indicadores que informen sobre el número de delitos o faltas no cometidos precisamente porque existe el Derecho Penal. Y, pese a ello, la dimensión estática del Derecho Penal es, seguramente, como decía, sino la más evidente, sí la más significativa, pues ya la simple vigencia de una norma que, tipificando como delito o falta una conducta, expresa el grave juicio de desvalor que, por atentar a bienes jurídicos, merece, y asocia a su realización la imposición de una pena, posee un indudable efecto preventivo, evitando una

---

[11] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, con la colaboración de MORALES PRATS y PRATS CANUT, Aranzadi, Pamplona 2002, p. 42.

[12] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 89.

[13] Aunque no, como advierte QUINTERO OLIVARES (*Manual de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 89), *"socialmente inoperante"*.

cantidad indefinida de infracciones, con certeza muy superior a la del número de las que se cometieron[14/15].

Sólo en la medida en que ello sea efectivamente así estará justificada la presencia del Derecho Penal como sistema de control social, como instrumento de tutela de bienes jurídicos. Por supuesto, las reflexiones anteriores encierran un juicio global, referido al Derecho Penal en su conjunto, con independencia, por tanto, de que existan infracciones

---

14 Aunque podría sostenerse, en contra de esta afirmación, que muchos ciudadanos no lesionan bienes jurídicos ajenos no porque ello esté contemplado por el ordenamiento penal como delito o falta, sino simplemente porque tales conductas no figuran entre sus opciones vitales, considero fácil superar dicha objeción. En primer lugar, porque son numerosos los delitos que no encierran un atentado a bienes personales, sector de la delincuencia en el que probablemente las convicciones personales tienen mayor fuerza; en segundo término, porque incluso en dicho ámbito, determinadas circunstancias nos podrían conducir a realizar lo que normalmente no realizaríamos.

Imaginemos, por ejemplo, que el hurto, los apoderamientos de efectos o documentos personales, la falsificación de moneda, la defraudación tributaria o, incluso, las lesiones, no estuvieran tipificadas en el Código Penal, de modo que la respuesta a dichos comportamientos sólo pudiera adoptar naturaleza administrativa —una multa, por ejemplo, en cuyo caso la certeza de su aplicación podría tener un mínimo efecto preventivo—, civil —reparación del daño, restitución del objeto— o, incluso, no existiera respuesta. ¿Alguien cree sinceramente que ello no supondría un incremento del número de sustracciones, falsificaciones, defraudaciones o lesiones? Como señala ROIG TORRES (*La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 491, nota 115) ya en el siglo XIX negaba PROAL el efecto conminatorio de la simple reparación, a la que consideraba "*insuficiente respecto al que obró con malicia y delinquió*": "*¿qué arriesgaría un ladrón con apropiarse lo ajeno? Si no fuese descubierto, lo que sucede con frecuencia, guardaría el objeto robado, y si se descubría, con devolver lo robado habría cumplido. Es necesario ser muy poco conocedor de los hombres, para creer que el temor de una reparación pecuniaria les contenga: para la mayor parte, el temor del castigo personal es el principio de prudencia*". Cfr. PROAL, *El delito y la pena*, Barcelona 1893, p. 484.

Por otra parte, en circunstancias especiales —venganza, realización del propio derecho— la comisión de conductas menos *neutrales* que las anteriores —homicidios, lesiones graves, detenciones— no hallaría ya en el Derecho Penal un importante contramotivo capaz de sujetar una voluntad cuyo control habría sido debilitado por la concurrencia de las referidas circunstancias.

15 En el mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona 1997, pp. 25-30. En opinión de este autor, en efecto, los fines de las penas son, de modo central, preventivo-generales, lo cual, sin embargo, no impide apreciar la importancia de la prevención especial, "*incluso por imperativo constitucional en el caso español*", como punto de referencia ineludible en la ejecución de la pena privativa de libertad.

particulares inaplicadas o incapaces de disciplinar voluntades contrarias a lo por ellas ordenado.

4. *La necesidad del Derecho Penal como* respuesta *al delito*

No debe resultar extraño, por ello, que aún hoy se estime, pese a las elevadas tasas de reincidencia —que demuestran que el Derecho Penal ha vuelto a fracasar precisamente en relación con quienes ya fracasó anteriormente—[16], que el Derecho Penal sigue siendo, según la célebre frase contenida en el Preámbulo del Proyecto Alternativo de un nuevo Código Penal alemán de 1966[17], "*una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres*", o, dicho de otra manera, que todavía no se ha cumplido el deseo en su día expresado por RADBRUCH de que "*algún día la evolución del Derecho Penal vaya más allá del propio Derecho Penal y que su perfeccionamiento produzca no ya un Derecho Penal mejor, sino un Derecho*[18]*... que sea mejor que el Derecho Penal, más prudente y humano que éste*"[19], y que, en consecuencia, "*hay*", como afirma GIMBERNAT ORDEIG, "*Derecho Penal para rato*"[20].

Así, como observa ZUGALDÍA ESPINAR[21], si bien, "*hipotéticamente, cabe pensar en un futuro imprevisible, en el que, habiendo desaparecido no sólo las desigualdades sociales, sino también todos los condicionamientos materiales, sociales, culturales, etc. que favorecen el delito, y habiendo alcanzado, sobre todo, la conciencia y autocontrol de*

---

[16] A este respecto, SILVA SÁNCHEZ llama la atención sobre la relación entre los movimientos abolicionistas, surgidos fundamentalmente en Estados Unidos, Holanda y los países escandinavos, y la constatación del fracaso del paradigma resocializador, lo cual, unido al rechazo de que el Derecho Penal se justifique por la realización de la justicia, le lleva a afirmar que el Derecho Penal "*se halla en crisis*" ("*es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso*"), afirmación, ésta, que, no obstante, no le impedirá criticar severamente aquellos movimientos y defender la existencia del Derecho Penal. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 17 y ss.

[17] Presentado en Alemania, como reacción al Proyecto gubernamental de 1966, por un conjunto de profesores de aquel país.

[18] "*De corrección y custodia*".

[19] Cfr. RADBRUCH, *Rechtsphilosofie*, Stuttgart 1963, p. 269.

[20] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo* a la obra *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, García Valdés, Tecnos, Madrid 1980, p. 11.

la generalidad de los individuos un elevadísimo nivel de estabilidad capaz de anular o resistir eficazmente a los impulsos, a las «tentaciones» delictivas de modo autónomo o reforzado mediante la educación social, ya no sea necesario acudir a la amenaza del «mal» que la pena supone para reforzar las reglas sociales de conducta de carácter fundamental", *"hoy por hoy, y hasta dónde uno puede imaginar, es evidente que no se da esa ausencia de factores criminógenos incitantes para la colectividad y esa madurez y estabilidad en las conciencias de la mayoría"*, por lo que, ciertamente, cabe pensar, con el referido GIMBERNAT ORDEIG, *"que «hay Derecho Penal para rato»"*[22].

Teniendo presente el descrédito de las ideas resocializadoras, la pérdida de la quizá ingenua confianza en ellas, sólo la eficacia del Derecho Penal para evitar, mediante su *dimensión estática*[23], sino la reincidencia, sí la comisión del primer crimen, permite seguir considerándolo un elemento necesario, la *ultima ratio*, del sistema completo de control social[24].

Y es que, en efecto, "el Derecho Penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino sólo la superficie visible de un «iceberg» en el que lo que no se ve es quizá lo que realmente importa"[25].

---

21 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pp. 33 y 34.

22 *"Si el hombre, que nació para vivir en sociedad, fuera siempre fiel en cumplir con las obligaciones que le impone la naturaleza y la misma sociedad, para hacerle feliz, no sería necesaria una autoridad superior que le compeliese a aquello mismo que voluntariamente debiera hacer. Pero agitado violentamente en sus pasiones, y poseído de un ciego y desordenado amor de sí mismo, está haciendo siempre continuos esfuerzos para traspasar los justos límites que le han puesto la equidad, la justicia y la razón. Y éste es el verdadero origen de las Potestades Supremas, sin las cuales, ni la sociedad podría subsistir, ni gozar en ella el hombre de su verdadera libertad, la cual precisamente consiste en una perfecta obediencia y entera sujeción a las leyes dictadas con equidad y con justicia".* Cfr. DE LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas*, Comares, Granada 1997, p. 11.

23 Reforzada, por supuesto, por el cumplimiento, desde una perspectiva dinámica, de la amenaza de pena.

24 Con otras palabras, subrayar las elevadas cifras de reincidencia no impide reconocer la *necesidad* del Derecho Penal, pues aquéllas nada nos dicen sobre la *dimensión estática* de éste.

25 Cfr. MUÑOZ CONDE, "Introducción" de *Fundamentos de Derecho Penal*, HASSEMER, Bosch, Barcelona 1984, p. XIX.

"La conminación penal y la ejecución de la pena no son", con otras palabras, *"fenómenos aislados, sino que actúan en un campo de diversos instrumentos y procesos, de los que dependen en su eficacia, bajo cuya influencia están y que igualmente los influyen; estos instrumentos y procesos son los instrumentos y procesos de «control social»"*. Así, *"igual que sucede con el Derecho Penal, también la vida cotidiana está dominada por normas y también en ella se imponen sanciones en caso de desviación normativa"*[26], pudiéndose afirmar, en fin, que *"el control social es una «condición básica irrenunciable de la vida social»"*, para el cual *"no hay alternativas"*[27], y del que el sistema jurídico penal es una parte *"altamente formalizada"*[28].

La utilidad del Derecho Penal y, por tanto, su oportunidad muchas veces, es, en realidad, generalmente admitida. Cuando se rechazan los movimientos abolicionistas o se afirma, como hemos visto, que el Derecho Penal es una amarga necesidad, se está confirmando su validez como sistema, actualmente irrenunciable, de protección de bienes jurídicos. Aunque sólo debe actuar como ultima *ratio*, cuando su función no puede ser asumida por otros instrumentos o sistemas de tutela *mejores*[29], sean o no jurídicos, el Derecho Penal constituye, desgraciadamente, *"un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres*[30]", la única forma de tutela capaz de asegurar, con ciertas garantías, la existencia de un bien y, al mismo tiempo, generar, en términos globales, libertad, incluida la resultante del respeto de los derechos de quien lo lesionó o puso en peligro.

Como indica FERRAJOLI[31], *si las doctrinas abolicionistas ponen de manifiesto los costes del Derecho Penal, los modelos de justificación de éste*[32] *subrayan los costes, del mismo tipo pero potencialmente más elevados, que no sólo para la generalidad sino también para los reos,*

---

26 Cfr. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona 1984, p. 389.

27 Cfr. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 390.

28 Cfr. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 391.

29 Esto es, con similar capacidad preventiva pero con menos severidad en la respuesta y, por tanto, incidencia negativa en la libertad.

30 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 148 y 149.

31 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, pp. 336 y ss.

32 Y, concretamente, el proporcionado por dicho autor.

pueden provenir de la anarquía punitiva subsiguiente a la ausencia del Derecho Penal. Dichos costes son de dos clases y no se excluyen entre sí necesariamente: el del abandono del sistema social al «bellum omnium» y a las reacciones salvajes y desenfrenadas a las ofensas, con el inevitable predominio del más fuerte en detrimento de la seguridad general; y el de la regulación disciplinaria de la sociedad, capaz de prevenir las ofensas y las reacciones a las ofensas con medios diferentes e incluso más eficaces que las penas, pero ciertamente más costosos para la libertad de todos.

En concreto, FERRAJOLI cita, como alternativas al Derecho Penal, cuatro sistemas posibles de control social, "no todos necesariamente incompatibles entre sí y todos igualmente carentes de cualquier garantía contra el abuso y la arbitrariedad": a) los sistemas de control «social-salvaje»[33]*; b) los sistemas de control «estatal-salvaje»*[34]*; c) los sistemas de control «social-disciplinario»*[35]*; d) y los sistemas de control «estatal-disciplinario»*[36]*. Estos cuatro sistemas amenazan con aparecer cada vez que entra en crisis el derecho penal, cuyo fin justificador, para todos aquellos que no se sienten atraídos por tales sistemas, puede identificarse precisamente con su prevención.*

---

33 *"Tal y como se han expresado históricamente en todos los ordenamiento arcaicos en los que la reacción a la ofensa se encomienda no a la pena, sino a la venganza individual o parental, como la venganza de la sangre, la represalia, el duelo, etc., con el campo libre para la ley del más fuerte"*. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 338.

34 *"Tal y como se han realizado históricamente bien en ordenamientos primitivos de carácter despótico, bien en muchos ordenamientos autoritarios, en los que la pena se impone mediante procedimientos potestativos presididos por la arbitrariedad o por los intereses contingente del que amenaza con ella, sin garantías que tutelen al condenado"*. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 338.

35 *"O autorregulados, característicos también de comunidades primitivas, por más en general de todas las comunidades fuertemente moralizantes e ideologizadas, sujetas a la acción de rígidos conformismos que operan en forma de autocensura así como a las presiones de ojos colectivos, policías morales, panoptismos sociales difusos, linchamientos de opinión, ostracismos y demonizaciones públicas"*. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 338.

36 *"Que son un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro de futuro, que se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de seguridad pública mediante técnicas de vigilancia total, como las que hace posible el espionaje de los ciudadanos por parte de poderosas policías secretas, así como a través de los actuales sistemas informáticos de fichado generalizado y de control audiovisual"*. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 338.

El más alarmante de ellos, por su capacidad, como señala FERRAJOLI, "de convivir insidiosamente incluso con las modernas democracias", el enunciado en último lugar:

"Es desde luego posible eliminar o reducir al máximo los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad de todos: con los tanques en las calles y con policías a la espalda de los ciudadanos, pero también —más moderna y discretamente— con micrófonos, cámaras de televisión en viviendas y lugares de trabajo, interceptaciones telefónicas y todo el conjunto de técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia que hacen posible un «Panopticon» social muchos más capilar y penetrante que el carcelario que concibió Bentham e idóneo para desempeñar funciones no sólo de prevención de delitos sino también de gobierno político de la sociedad"[37].

En comparación con un sistema tan «invasivo», que puede aún combinarse con medidas de prevención especial respecto a quien se considere peligroso, la defensa del derecho penal equivale a la defensa de la libertad física —y moral[38]— *de la transgresión en tanto que prohibida deónticamente pero posible materialmente. En efecto, "el derecho penal, en aparente paradoja, se configura como una técnica de control que, con la libertad física* —y moral— *de infringir la ley al precio de la pena, garantiza la libertad de todos. Es evidente que la prohibición y la represión penales producen restricciones de la libertad incomparablemente menores que las que, para el mismo fin, serían necesarias con la sola prevención policial, completada acaso con la prevención especial, ya sea porque la represión de los comportamientos prohibidos golpea sólo la*

---

[37] Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 339.

[38] *"El derecho penal no garantiza solamente la libertad física u objetiva de delinquir y de no delinquir. Garantiza también la «libertad moral» o subjetiva de la transgresión. (...) «La sanción penal», escribe Filangieri, «es aquella parte de la ley con la que se ofrece al ciudadano la elección entre el cumplimiento de un deber social o la pérdida de un derecho social», y por tanto «un freno desagradable» que se opone a la «pasión innata» que «la sociedad no puede destruir», y no un medio de homologación de las conciencias y de destrucción o normalización disciplinaria de las pasiones y los deseos. Al mismo tiempo, comparada con la intromisión de los controles sociales informales, la pena formalizada garantiza el respeto de la persona, poniéndola a salvo de pretensiones de socialización coactiva y de estigmas y censuras morales. (...) «Hay una categoría de penas», escribía Humboldt, «que debería ser absolutamente abolida: me refiero a la marca de infamia. El honor de un hombre, la estima que puedan tenerle sus ciudadanos, no caen bajo la autoridad del Estado»".* Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp. 339 y 340.

libertad de los posibles transgresores, mientras que la prevención policial golpea la libertad de todos, ya porque la una interviene sólo ex post, en presencia de hechos predeterminados, mientras que la otra interviene ex ante, en presencia del mero peligro de delitos futuros tal y como quepa inducirlo a partir de indicios indeterminados e indeterminables normativamente"[39].

En suma, si existe el Derecho Penal es porque lo consideramos una herramienta no sólo útil, sino, sobre todo, necesaria, y no sólo por su idoneidad para prevenir delitos y, por tanto, preservar bienes jurídicos, superior a la de otros sistemas de control social propios del Estado de Derecho, sino también por su capacidad para minimizar la violencia estatal, el arbitrio punitivo, y las penas o reacciones informales y más aflictivas que, de otra forma, sin su presencia, con toda seguridad se producirían.

El Derecho Penal es, por tanto, un sistema de control social incomparablemente superior, en términos de libertad, a los otros sistemas alternativos antes referidos. En realidad, la comparación con estos evidencia la legitimidad y necesidad del Derecho Penal como sistema de control propio de un Estado de Derecho. En estas circunstancias, "*excluir el Derecho penal del conjunto de los sistemas de control social*" sería, como advierte HASSEMER, "*ahuyentar al diablo con Belcebú*", pues se correría el peligro de que fuese "*sustituido por cualquier otra cosa que incluso todavía sea peor*"[40].

La diferencia fundamental entre el Derecho Penal y otros sistemas de control social, la que justifica el recurso a aquél como instrumento de prevención, es su «formalización». En efecto, si bien el grado de ésta crece con la rutina cotidiana y profesional, alcanza "su máximo nivel en el sistema jurídico-penal"[41]. *Mientras "el control social de la vida cotidiana se caracteriza, tanto más cuanto menos formalizado sea, por definiciones espontáneas del comportamiento desviado, por sanciones, intercambiables en su clase e intensidad, de ese comportamiento y por secuencias desordenadas de ese control", los principios penales "se caracterizan porque su misión consiste en formalizar el control social jurídico-penal, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del*

---

[39] Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 338.
[40] Cfr. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 399 y 400.
[41] Cfr. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 400.

coyunturalismo y de la subjetividad", poniendo "en su lugar otras características como, por ejemplo, vinculación del control social a reglas creadas previamente; publicidad y controlabilidad del acto de control; garantía de la competencia de la actuación y de los derechos humanos en el proceso de control"[42].

A la pretensión abolicionista, que se configura "*como una utopía regresiva que presenta, sobre el presupuesto ilusorio de una sociedad buena o de un Estado bueno, modelos de hechos desregulados o autorregulados de vigilancia y / o punición*", en relación con la cual es el Derecho Penal "*el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista*"[43], se opone, por todo ello, "*la valoración, convencionalmente positiva, del proceso histórico de asunción por el Estado del monopolio del «ius puniendi» como única solución al «bellum omnium contra omnes» de los sistemas de venganza privada*"[44].

Por supuesto, el que el Derecho Penal sea imprescindible no significa, como afirma GIMBERNAT, que sea imprescindible en su forma o contenido actuales: "imprescindible es, por ejemplo, la prohibición jurídico-penal de los ataques a la vida o al honor. Pero numerosas prohibiciones no han sido nunca —o han dejado de ser— necesarias, en el sentido de que su no observancia no significa en absoluto una amenaza para la paz social, o en el de que responden, en realidad, a la consolidación de una situación injusta para cuya defensa se acude por el sector privilegiado por esa situación —y abusando de él— al Derecho Penal"[45].

II. LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL AL CRIMEN: LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Tras comprobar que el Derecho Penal sigue considerándose un instrumento imprescindible en la lucha contra el crimen, que constitu-

---

42 Cfr. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 400 y 401.

43 Cfr. FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0, 1986, p. 46 (cit. por Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, ob. cit., p. 25).

44 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992, p. 22.

45 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", ob. cit., p. 150.

ye, con otras palabras, una *respuesta necesaria al delito*, centrará nuestro interés el examen de las *respuestas* ofrecidas por el Derecho Penal cuando se ha producido una infracción de sus normas. Analizaremos, por tanto, el Derecho Penal desde una perspectiva dinámica, la actuación de sus consecuencias, la *respuesta* concreta que dispensa a cada infracción normativa.

Es preciso distinguir, así, entre el Derecho Penal como respuesta abstracta al crimen y la respuesta concreta del Derecho Penal a éste, una vez constatado un fracaso puntual de su dimensión estática, siempre teniendo presente que responder al delito es una forma de evitar nuevos delitos.

1. Las penas

1.1. La prevención como fin: prevención general y prevención especial

La pena es *la consecuencia jurídica del delito* por excelencia, y, junto a éste, la principal seña de identidad del Derecho Penal.

Como afirma PORTILLA CONTRERAS[46], *"el Derecho Penal gira en torno a dos conceptos centrales: el delito y la pena. En ellos estriba la diferencia cualitativa entre este sector del Ordenamiento y el resto"*.

En efecto, aunque, como veremos posteriormente, la *respuesta* del Derecho Penal al crimen se ha diversificado notablemente, de modo que también las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil *ex delicto* constituyen actualmente formas de *responder* al delito, las penas siguen siendo la consecuencia de éste con mayor significación jurídica. Y ello no sólo porque constituyeran, históricamente, la *única* consecuencia penal del delito o sean, todavía hoy, la más utilizada o aplicada de todas ellas, sino, sobre todo, por su protagonismo, prácticamente absoluto, en el Derecho Penal contemplado en su dimensión estática: el efecto de prevención general conseguido con la aprobación y entrada en vigor de leyes penales se opera, esencialmente, a través de la previsión de una pena para la comisión de las

[46] Cfr. PORTILLA CONTRERAS, *Derecho Penal. Parte General*, dir. José M. Zugaldía Espinar, Tirant lo Blanch Valencia 2002, p. 38.

conductas descritas como delitos o faltas (y la consiguiente imposición de dicha pena cuando se cometen estas infracciones).

Ya sea caracterizándola como *negativa* (la alcanzada a través de la *amenaza de pena* o *conminación penal*, esto es, de la asociación de una consecuencia negativa, la imposición de un mal, a la realización de determinadas conductas) o *positiva* (la conseguida mediante la *educación* en unos valores, el ejercicio en la fidelidad al Derecho Penal, el reforzamiento de la confianza ciudadana en éste[47] o, en fin, a través del efecto de pacificación que se produce cuando la comunidad considera resuelto un conflicto en virtud de la imposición de la sanción correspondiente), la asociación de una pena a la comisión de un hecho tipificado como delito o falta produce un indudable efecto de *prevención general*, pudiendo contraponerse a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia preventivo general de la pena, como señala ROXIN[48], "*el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho*"[49].

"*Hasta qué punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil de determinar de modo fehaciente; pero justamente por esta razón, la hipótesis de que la praxis punitiva estatal juega un papel fundamental en ello, apenas es falsificable*"[50].

Además de este fundamental efecto preventivo-general *estático* (posible, no obstante, como he dicho, sólo en la medida en que la pena es,

---

47 Se trata, en fin, de generar un clima de respeto a los valores que el Derecho Penal protege, de asumir personalmente el mensaje positivo implícito en toda norma, entendida como reconocimiento del valor de un determinado bien jurídico y el desvalor de la conducta que lo lesiona o pone en peligro.

48 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledó y Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid 1997, p. 92.

49 En cualquier caso, más importante que la gravedad de la sanción prevista es, como observaba ya BOHESANA, MARQUÉS DE BECCARIA (*Tratado de los delito y de las penas*, Temis, Madrid 1993, pp. 135 y 136), la certeza de su imposición: "*no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, y aquella severidad inexorable del Juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad*".

50 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*", ob. cit., pp. 92 y 93.

cuando se comete un delito, efectivamente impuesta y, en su caso, ejecutada), las penas tienen también una dimensión preventivo-especial[51], pudiéndose distinguir en relación con ésta, como sucedía con respecto a aquélla, una prevención especial[52] *negativa* (obtenida mediante una actuación inocuizadora sobre el delincuente, al que se le imponen medidas dirigidas a impedir, durante un período de tiempo, la reincidencia en el delito), de otra *positiva* (definible como el efecto de disuasión de la comisión de delitos que se produce sobre un sujeto concreto por medio de la educación o corrección[53]). Evidentemente, el elevado índice de reincidencia anteriormente referido demuestra el notable fracaso de la prevención especial *positiva* y, más concretamente, del ideal resocializador.

1.2. La retribución: fundamento y límite de la pena. Presupuestos

Atribuida a las penas una finalidad preventiva de doble orden, general y especial, la retribución deja de constituir una función propia de la consecuencia más característica y definidora del Derecho Penal, pudiendo plantearse entonces la siguiente objeción: sólo la retribución puede justificar el castigo de antiguos criminales (por ejemplo, dictadores como Pinochet o los militares nazis) actualmente integrados en la sociedad y que, por tanto, no representan ya para ésta un peligro. Contra esta objeción argumenta ROXIN en el siguiente sentido: "*un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivo-generales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general*".

"*Si tales asesinatos* (los cometidos por los sujetos aludidos) *se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable*"[54].

---

51 Apreciable desde una perspectiva *dinámica*, esto es, cuando se aplica una determinada pena.

52 Denominada de esta manera porque se persigue evitar que un sujeto concreta cometa un delito o, más exactamente, un nuevo delito.

53 Se trata de *reinsertar* al sujeto particular, de *convencerle* de que no cometa más delitos en el futuro.

54 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*", ob. cit., p. 98.

No obstante esta renuncia absoluta a incluir la retribución entre los fines de la pena, un elemento decisivo de las teorías retributivas debe pasar a formar parte, como indica el propio ROXIN[55], de las teorías preventivas: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. La imposición de ésta, aceptado aquél, sólo será posible en la medida en que el sujeto haya actuado libremente, representando el delito una manifestación de su voluntad. Así, aunque la pena no se impone *para retribuir el delito*, su imposición tiene lugar únicamente *porque se ha cometido, responsablemente, dicho delito*.

La retribución, por tanto, legitima y limita la intervención penal. La legitima porque, presuponiendo la *libertad o responsabilidad* del sujeto, la pena constituye el *precio* del mal ejercicio de dicha libertad[56]. Y la limita porque, constituyendo un *castigo*[57], la pena presupone necesariamente aquella *libertad o responsabilidad*, configurándose la culpabilidad, en consecuencia, como un elemento imprescindible del delito.

En conclusión, la pena se impone a una persona *porque ha cometido un delito* (fundamento) pero *para que no se cometan más* (fin), *ni por su parte* (prevención especial), *ni por la de terceros* (prevención general). Desde la perspectiva de su fundamento, la pena *mira*, por tanto, *al pasado* (es una *reacción contra el ilícito culpablemente cometido*); desde la de su fin, por el contrario, *mira al futuro* (no se castiga por exigencias retributivas o de justicia, sino para prevenir la comisión de nuevos delitos).

---

55 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*", ob. cit., p. 99.

56 "*La pena es, conceptualmente, «retribución», esto es, una suerte de «precio» que se paga por el delito cometido. Así, se dice, desde antiguo, «punitur quia peccatum est», esto es, se castiga porque se ha delinquido: se retribuye con un castigo a quien ha realizado un delito (mal)*". Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 797 y 798.
El concepto de pena como retribución es admitido, como señalan los autores citados (cfr. ob. ult. cit., p. 798) incluso por quienes sitúan en primer términos sus objetivos utilitarios, lo cual, sin embargo, no implica admitir, como advierte MIR PUIG (*Introducción a las bases del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires 2002, p. 49), "*como consecuencia inevitable*", que la función de la pena "*sea la retribución*".

57 Afirmar que la pena *es retribución* supone aceptar que es un *mal* que se impone *por causa de la comisión de un delito* o, con otras palabras, un *castigo*. Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, ob. cit., p. 49.

1.3. Presupuestos de la pena

Considerar *legítima* la pena porque *retribuye* una infracción responsable de la norma penal no implica, sin embargo, la *necesidad* de su imposición. Dado que el fin de la pena es, exclusivamente, la *prevención* de delitos (entendida como instrumento para la protección de bienes jurídicos), no hay inconveniente en renunciar a la pena en un caso concreto (o disminuir su cuantía) si ello no incide en la capacidad preventiva del Derecho Penal. Como señala ROXIN, si bien *"la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad"*, puede, sin embargo, *"no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva"*[58].

Ello no obstante, a pesar de que desde una perspectiva preventiva existe la posibilidad de renunciar a la pena o de disminuirla, su imposición por parte del Juez o Tribunal es, constatada la comisión de un delito, imperativa. Dicho de otra forma, no es preciso, como sí lo es en relación con las medidas de seguridad, realizar un juicio de peligrosidad del autor del delito y determinar que existe el riesgo de que cometa nuevos delitos. La razón de dicha obligación de imponer la pena en su caso prevista nos la ofrece la función preventivo-general de la pena: dado que ésta no pretende tan solo *neutralizar* la peligrosidad del autor de la infracción, sino, sobre todo, *comunicar a la sociedad* que la amenaza penal se cumple, que cabe, por tanto, confiar en el Derecho Penal como sistema de protección de bienes jurídicos, la ausencia de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de delitos futuros[59] no impide la imposición de la pena[60].

La imposición de la pena, en principio inevitable, no debe confundirse con su ejecución, con respecto a la cual, tratándose de penas privativas

---

58 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*", ob. cit., p. 101.

59 O, incluso, la existencia de un pronóstico de comportamiento futuro que indica la improbable comisión de nuevos delitos (por ejemplo, porque el cometido respondió a unas circunstancias excepcionales que, pese a todo, no han impedido afirmar que existió una infracción culpablemente realizada).

60 Ni, en su caso, cumplida ya parcialmente, el cese de la pena por entender que no existe ya peligrosidad subjetiva.

de libertad de corta duración, está prevista con carácter general su suspensión[61]. Esta previsión general, aplicada generosamente en la práctica, demuestra que la pena, en efecto, no tiene una función retributiva, por lo que resulta posible renunciar a ella cuando concurran determinadas circunstancias legalmente reguladas. Más allá de dicha previsión, no existen, sin embargo[62], mecanismos que eviten la ejecución de una pena, esto, es, el efectivo cumplimiento del castigo del que se ha hecho acreedor el sujeto.

Pese a que teóricamente cabría supeditar la imposición o ejecución de la pena a la previa realización de dos juicios de peligrosidad, uno de naturaleza individual —¿existe el peligro de reincidencia en el delito?— y otro de naturaleza colectiva —¿incidirá negativamente en la prevención general la no imposición o cumplimiento de la pena?—, la Ley no ha previsto dicha posibilidad, por lo que cabe afirmar, en suma, como prevé el artículo 127 en relación con el comiso, que *todo delito o falta llevará consigo la imposición —y ejecución— de una pena.*

El presupuesto de toda pena es, en fin, la comisión de un delito o falta, la infracción, de forma culpable y punible, de la norma penal, o, con otras palabras, la realización de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, sin necesidad de que exista, además, un pronóstico de peligrosidad criminal futura o riesgo de reincidencia.

2. *Las medidas de seguridad*

2.1. Las medidas como instrumento de prevención especial

De la función preventiva propia del Derecho Penal participan también las medidas de seguridad y corrección, de las cuales sólo puede hablarse, en sentido estricto, a partir de la irrupción del pensamiento preventivo especial en el debate sobre las teorías penales y, en concreto, como señala SANZ MORÁN, desde que se inició la discusión suscitada por los planteamientos de la *Escuela positiva italiana* a finales del siglo XIX[63/64].

---

61 Vid. artículos 80 y ss. del Código Penal.

62 Con la excepción del indulto.

63 Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de seguridad y corrección en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid 2003, p. 21.

64 *"En la Europa de finales del siglo XIX, y en virtud de la influencia del positivismo criminológico, esto es, de la llamada «dirección moderna» del Derecho penal, hicieron*

En el Derecho Penal clásico la única consecuencia penal del delito era la pena, sin que estuviera prevista, como sucede hoy, la imposición de medidas de seguridad a sujetos que, pese a haber infringido una norma penal, eran declarados no culpables de dicha infracción. Como señala SILVA SÁNCHEZ, no existía, por tanto, un Derecho Penal de la peligrosidad, lo cual determinaba, por una parte, una mayor insistencia en declarar culpables a sujetos que actualmente serían absueltos, y, por otra, el recurso, cuando se estimaba no culpable, pero criminalmente peligroso, a un individuo, a soluciones extrapenales[65].

De acuerdo con dichos planteamientos, la responsabilidad penal debe determinarse mediante un esquema conceptual distinto al clásico (retribución, culpabilidad), pues su punto de partida lo constituye la idea de que el comportamiento humano no se conforma libremente. Rechazada la doctrina del libre albedrío, sustituida por las ideas deterministas, la culpabilidad dejará de fundamentar y limitar la reacción penal contra el delito, ocupando su lugar la peligrosidad. En estas circunstancias, la pena pierde todo su sentido, por lo que la propuesta positivista[66] conducía a un sistema monista, cuya única consecuencia debía ser la medida de seguridad. Desaparece, así, la función preventivo-general del Derecho Penal, su dimensión estática.

A pesar de que los referidos planteamientos de la *Escuela positiva italiana* no llegaron a alcanzar traducción legal plena, dejaron una importante herencia: la inclusión de las medidas de seguridad entre las consecuencias penales del delito[67], dirigidas a combatir la peligrosidad

---

su aparición, en el sistema de consecuencias jurídico-penales del delito, las medidas de seguridad". Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, p. 24.

65 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 23.

66 "*Que encuentra su plasmación más acabada en el «Proyecto Preliminar de Código Penal italiano para los delitos», publicado en 1921 por Enrico Ferri, texto que tendrá considerable influencia en el posterior desarrollo legislativo, dentro y fuera de Italia, de las medidas y, en todo caso, suscitó un fructífero debate*". Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de seguridad y corrección en el Derecho Penal*, ob. cit., pp. 24 y 25.

67 "*A pesar del profundo impacto social, político y jurídico provocado por las medidas, su inclusión en los ordenamientos jurídicos se hace de forma progresiva, realizándose la consagración oficial en el período comprendido entre las dos guerras mundiales (...) apareciendo por primera vez recogidas en el Anteproyecto del Código Penal suizo, obra de STOOSS*", en 1893. Cfr. VALLE SIERRA, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*", Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 65.

de determinados sujetos cuyas actuaciones, penalmente antijurídicas, no pueden ser castigadas porque no han sido responsablemente cometidas[68]. Su función, también de naturaleza preventiva[69], tiene un alcance menor que el de las penas, cuya capacidad comunicativa o motivadora es incomparablemente superior. Así, mientras las penas tienen un doble efecto disuasorio o preventivo, general y especial, sólo este último es predicable de las medidas de seguridad[70], aplicables, en principio, sólo a sujetos inimputables, circunstancia, ésta, que expresa su limitada trascendencia como instrumento de prevención especial.

2.2. La peligrosidad criminal como fundamento y límite de las medidas

Concebidas exclusivamente como instrumentos de prevención especial, las medidas de seguridad y corrección presuponen la *peligrosidad criminal del sujeto* al que se aplican, la cual constituye no sólo su fundamento[71], sino también su límite: en efecto, dirigidas a neutralizar dicha peligrosidad criminal, la desaparición de ésta provocará el cese de

---

68 "*De este modo, el sistema penal afrontaría a dos grupos de sujetos: peligrosos y culpables. A los peligrosos se les sometería a medidas de seguridad, a los culpables se les impondrían penas. A ese sistema se le llamó «dualista» o de doble vía (medidas y penas) y significó, momentáneamente, la paz entre los que consideraban insostenible un derecho penal inspirado en la imputabilidad y en la culpabilidad, que debía ser reemplazado por las deterministas ideas de peligrosidad y responsabilidad social, y los que rechazaban lo segundo a favor de lo primero*". Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona 1999, pp. 42 y 42.

69 Esta consideración se hace desde una perspectiva actual, en el sentido de que hoy tanto las penas como las medidas tienen, efectivamente, fines preventivos. Sin embargo, en un principio, el sistema de *doble vía* se caracterizaba por la impronta retributiva de las penas (fundadas en la culpabilidad del sujeto y dirigidas a retribuir su ilícito comportamiento), complementadas, desde la aparición de las medidas de seguridad y corrección, por consecuencias con una función preventivo especial.

70 "*Las medidas de seguridad (...) tienden exclusivamente a la prevención especial (sólo de modo absolutamente marginal y en algunos casos pueden servir de hecho a la prevención general, pero ése no es su fin), mientras que el fin de las penas no es sólo la prevención especial, sino también la prevención general*". Cfr. LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", en *La reforma penal*, ed. Mir Puig, Bellaterra, 1980, pp. 217 y 218.

71 Dado que el sujeto actuó irresponsablemente, la culpabilidad no puede fundamentar la intervención penal ni, por consiguiente, la consecuencia aplicarse como *castigo* o *retribución* por el hecho causado.

la medida, cuya duración no podrá ser superior, en ningún caso, a la de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido[72]. De todo ello se ocupa el artículo 6 del Código Penal, según el cual:

"1. *Las medidas de seguridad se* ***fundamentan*** *en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.*

2. *Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido*[73]*, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*"[74].

Precisamente por estar dirigidas sólo a cubrir necesidades de prevención especial ha sido posible prever su cese incluso antes de que se

---

[72] Como señala QUINTERO OLIVARES (*Locos y culpables*, ob. cit., p. 44), se produce una importante aproximación entre penas y medidas de seguridad en el derecho español, sometiéndose éstas a los mismos presupuestos que aquéllas (la previa comisión de un delito) y rodeándose de análogas garantías (duración máxima, contenido, control jurisdiccional de su ejecución).

[73] Mientras el artículo 6.2 se refiere a la pena *abstractamente aplicable al hecho cometido*, los artículos 101, 102 y 103 (medidas privativas de libertad para inimputables) aluden, en cambio, al *tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.*

[74] Artículo 97 Código Penal (reformado por la LO 15/03, de 25 de noviembre, cuya entrada en vigor se producirá el 1 de octubre de 2004):
«Durante la ejecución de la sentencia, el juez o tribunal adoptará, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, alguna de las siguientes decisiones:
a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad del sujeto.
c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso.
La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.
A estos efectos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta».

alcance el límite superior de medida que se hubiere fijado, pues no resultarán desatendidos intereses preventivo-generales, objetivo principal de las penas. Por el contrario, éstas, como vimos anteriormente, se impondrán y ejecutarán sin necesidad de analizar la peligrosidad criminal del sujeto e, incluso, constando que ésta dejó de existir con la realización del delito cometido, pues su misión más destacada es prevenir, de forma general, la comisión de nuevos crímenes.

Un lugar destacado ocupará en el régimen jurídico de las medidas de seguridad el principio de proporcionalidad, que obligará a atender al hecho delictivo ejecutado (cuya pena constituirá, como hemos visto, el marco de referencia para establecer el límite superior de cumplimiento de la medida), primera expresión de la peligrosidad criminal del sujeto, y a los hechos delictivos de previsible ejecución, capaces de ofrecer argumentos para fijar límites inferiores a los que se derivaren de las previsiones legales (pena abstracta del hecho cometido o pena concreta supuesta la culpabilidad del sujeto).

2.3. Presupuestos

La imposición de una medida de seguridad no requiere la comisión de un delito, esto es, de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, sino, únicamente, la de un hecho previsto como delito, realizado, eso sí, de forma antijurídica o no justificada. Es la infracción de una norma penal, por tanto, el presupuesto de toda medida de seguridad[75], deriván-

---

[75] Esta exigencia cumple, como señalara prontamente RODRÍGUEZ MOURULLO ("Medidas de seguridad y Estado de Derecho", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1974, p. 368), una triple función garantista: confirma con hechos el pronóstico de peligrosidad, refuerza la vigencia del principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva.
En efecto, la razón de esta garantía es, según advierte GARCÍA ARÁN (*Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona 1997, pp. 130 y 131), evidente: cualquier medida limitadora de derechos que se base en un pronóstico de comisión de futuros delitos planea ya considerables problemas derivados, precisamente, de su referencia a una situación futura; si a ello se añadiera la posibilidad de pronosticar la comisión de delitos en relación con quien aún no ha delinquido, la inseguridad jurídica sería absoluta. De ahí el requisito de la previa comisión de un delito, que obliga a basar el pronóstico en datos ciertos, desvalorados por el ordenamiento y establecidos procesalmente con todas las garantías propias del Derecho Penal. En cualquier caso, subraya la autora citada, la comisión previa de un delito es, ante todo, una *garantía individual*, "*sin*

dose su necesidad, como indica MUÑOZ CONDE, de la propia naturaleza y concepto del Derecho Penal como un *Derecho Penal de acto* y no meramente como un *Derecho Penal de autor*[76].

Realizada la conducta de forma justificada, su ejecución estará autorizada por el Derecho, por lo que no cabrá reaccionar penalmente (aun en forma de medida de seguridad) contra el sujeto. No obstante esta matización, lo cierto es, como señala QUINTERO OLIVARES, que en la práctica esas situaciones no se contemplan nunca, "pues todo lo que se relaciona con el loco es tratado con una clara rutina objetivista"[77]*. Así, si se orienta prioritariamente el problema penal a la determinación de la alteración mental, puede suceder que no lleguen a examinarse situaciones de legítima defensa o de exculpación, como se haría en relación con los actos de los sujetos normales. No debe olvidarse, por ello, que el loco puede haber actuado, por ejemplo, en el convencimiento de que era víctima de una agresión injusta, lo cual puede ser verdad, "y en ese caso se trataría de una reacción justificada por la legítima defensa", o puede ser un error de apreciación, en cuyo caso, "si se tratase de una persona «cuerda» se diría que estamos ante un caso de legítima defensa putativa a resolver como supuesto de error sobre los elementos de una causa de justificación"*[78].

Sin embargo, como apunta QUINTERO OLIVARES, tratándose de un loco no será esa la calificación, sino que se apreciará que la equivocación es fruto de un trastorno mental y se procederá directamente a valorar su imputabilidad, como si fuese inadmisible lo más sencillo, esto es, aplicarle la misma calificación y respuesta punitiva que al cuerdo, al margen de cómo se haya de ejecutar esa pena[79].

Constatada la infracción de una norma penal, será necesario, acto seguido, considerar no culpable al infractor, y ello, en concreto, por razón

---

que pueda considerarse a dicho delito cometido como el auténtico supuesto de hecho al que se refiere la aplicación de la medida como consecuencia jurídica", esto es, *"el pronóstico de peligrosidad criminal"*.

[76] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2002, p. 53.

[77] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, ob. cit., p. 141.

[78] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, ob. cit., pp. 141 y 142.

[79] *"Ello aboga, una vez más, a favor de dejar, salvo casos extremos, el examen de la locura para la última etapa de enjuiciamiento, pues proceder del modo inverso puede dar lugar, al menos en el plano teórico, a consecuencias inadmisibles"*. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, ob. cit., p. 142.

de su inimputabilidad, manifestación de que el sujeto no podía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, déficits intelectuales o volitivos que pueden expresar la falta de autocontrol del sujeto, potencialmente peligroso desde esa perspectiva. Por supuesto, ello no significa que todo ilícito penal cometido por un inimputable deba llevar consigo la imposición de una medida de seguridad al infractor, sino únicamente que *entre los diversos supuestos de ausencia de culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición invencible, inexigibilidad de respetar la norma), sólo los inimputables son, como decía, potencialmente peligrosos por ausencia de autocontrol y, por ello, sujetos pasivos idóneos de las medidas de seguridad y corrección.*

Tercer requisito o presupuesto de las medidas de seguridad será, afirmada la ilicitud penal del comportamiento, y la inimputabilidad del sujeto, la declaración de que éste es peligroso, sin que sea suficiente, a estos efectos, referirse exclusivamente al hecho delictivo cometido, como da a entender el artículo 6.1 del Código Penal cuando dispone que las medidas se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, *exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.* La infracción cometida sólo expresa que el sujeto *era criminalmente peligroso, y que dicha potencia criminal alcanzó el acto con dicha infracción*, pero no significa que *siga siendo peligroso después de ésta, que constituirá, a lo sumo, un indicio, una primera manifestación, de que ello puede ser así, por lo que será preciso realizar un juicio de peligrosidad del que quepa deducir,* como establece el artículo 95 del Código Penal, un *pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

La peligrosidad como fundamento de la medida no puede, con otras palabras, como señala GARCÍA ARÁN, presumirse o resultar automática, sino establecerse en el proceso y ser objeto de controversia. Así, aunque el juicio de peligrosidad, por referirse a hechos no acontecidos, resulta más problemático que el de culpabilidad, "tal dificultad no puede conducir a eliminarlo en la aplicación de la medida"[80].

---

[80] Cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 140.

2.4. Naturaleza jurídica

En relación con ella, y superados los tiempos en que resultaba posible la imposición de medidas predelictuales[81], la conclusión no puede ser otra que la de afirmar su naturaleza penal, argumentando a favor de ésta los referidos presupuestos de las medidas de seguridad, su fundamento y función, e, incluso, sus principios reguladores.

En efecto, la imposición de una medida requiere, ante todo, la *infracción de una norma penal*[82], constituyendo la *prevención de nuevas infracciones de esta naturaleza su única función*. La *peligrosidad criminal* del sujeto, fundamento de toda medida, no autoriza por sí sola, por tanto, la imposición de medidas, siendo precisa su concurrencia una vez cometido un primer ilícito penal. La neutralización del *peligro* que representa el sujeto incorpora, por su parte, por referirse aquél a la comisión de nuevos delitos, una dimensión preventivo especial, la única que comparten con las penas. Los principios y garantías de las medidas de seguridad son, en fin, los propios del Derecho Penal, si bien adaptados a las características de las medidas de seguridad y corrección.

Así, pese a que la culpabilidad y la retribución son sustituidas, en las medidas, por la peligrosidad criminal y su neutralización, siguen siendo el delito, y su prevención, las ideas que dan sentido a estas nuevas consecuencias, las que presiden su existencia jurídica y permiten considerarlas de naturaleza penal. El delito, entendido en su acepción amplia, en cuanto infracción de la norma penal, es no sólo su presupuesto, sino incluso su límite, pues su gravedad (expresada en su pena) y duración marcarán las de la medida; la prevención de nuevos delitos, de la reincidencia penal, a través de la neutralización de la peligrosidad criminal del sujeto, es el exclusivo fin al que sirven. Además, la infracción cometida no constituye una presunción de comportamiento

---

[81] Fuente última de éstas era la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, que, como señala SILVA SÁNCHEZ (*El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 17), pese a la existencia de varios pronunciamientos concretos del Tribunal Constitucional poniéndola en cuestión desde diversas perspectivas, siguió formalmente en vigor hasta la entrada en vigor del actual Código Penal, cuya Disposición derogatoria única establece, en su punto 1 letra c), que aquélla queda, por fin, derogada.

[82] "*Sólo el delito, la conducta criminal definida como tal en el Código Penal, constituye el punto de partida y el presupuesto de toda reacción penal*". Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 53.

futuro criminal, limitándose a ofrecer la ocasión para realizar un juicio que valore si, efectivamente, existe el peligro de que se cometan nuevos delitos.

Cabe decir, en suma, que las medidas *miran*, como las penas, al *futuro*, pues ambas existen *para evitar la comisión de delitos*, y que, también como éstas, *tienen presente un hecho pasado*, en su caso no como *fundamento* de su aplicación, pero sí como *presupuesto*, y, tanto unas como otras, como *límite*, pues su gravedad determinará la de la consecuencia, a cumplir íntegramente en las penas, y dependiente de la evolución de la peligrosidad del sujeto en las medidas, que exigen una permanente actualización del juicio de peligrosidad criminal que determinó su inicial imposición. Dicho de otro modo, tanto penas como medidas *tienen como referente al delito*, en primer término como hecho pretérito o pasado —las primeras como fundamento, las segundas como presupuesto, y ambas como límite— y, en segundo lugar, como hecho futuro, pues ambas tienen como fin su prevención, con carácter general y especial las penas, y con este último las medidas.

3. *La combinación de penas y medidas de seguridad: el sistema vicarial*

Mediante la imposición de penas, dirigidas a quienes infringieron culpablemente la norma penal, o medidas de seguridad, dirigidas a quienes cometieron tal infracción de forma irresponsable por razón de su inimputabilidad, el Derecho Penal ofrece *una única respuesta al delito*, adaptada a las circunstancias personales del infractor y a las necesidades preventivas originadas por aquél, sin que sea posible, en principio, acumular ambas consecuencias: distinguiendo entre imputables e inimputables, el Derecho Penal dispone, ciertamente, de una doble vía, pero las separa nítidamente, introduciendo diferencias aparentemente irreconciliables[83].

---

[83] Algunos autores, como observa SANZ MORÁN (*Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, ob. cit., pp. 38 y ss.), califican como *monistas* estos sistemas, precisamente porque en ellos sólo cabe *una respuesta*: o pena (sujetos imputables) o medida (sujetos inimputables), imponibles con carácter alternativo. "*Sería, según esto, «monista» una solución legislativa que reservara las medidas para aquellos supuestos en los que la pena no tiene cabida, como sucede con los sujetos inimputables*" (pp. 41-42).

Mientras las penas castigan o retribuyen el hecho ilícito libremente realizado, las medidas se dirigen al sujeto irresponsable y peligroso, tratándolo, en cierto modo, como una fuente de riesgos nacida de su incapacidad para dominar su comportamiento, intentando, por ello, impedir su autoinstrumentalización criminal.

No obstante estas diferencias supuestamente insalvables, se ha producido una vía de aproximación entre ambas consecuencias a través del denominado *sistema vicarial*[84], que no es, como señalan JORGE BARREIRO[85] y SANZ MORÁN[86], tanto un modelo contrapuesto a los sistemas *monistas* o *dualistas*, cuanto una técnica de articulación del dualismo con la que se pretende impedir la acumulación de las dos clases de sanciones.

En opinión de GONZÁLEZ RUS, si penas y medidas de seguridad tienen naturaleza sancionadora de un hecho previsto como delito, y un hecho no puede ser sancionado dos veces ("porque ello supondría la violación del «non bis in idem»"), "es evidente que la concurrencia de penas y medidas de seguridad no es posible cuando la pena agota todos los aspectos de la reprobación que cabe hacer al autor del hecho punible. Por consiguiente, las medidas de seguridad sólo podrán ser impuestas, sin tacha de inconstitucionalidad, cuando la pena no pueda ser aplicada o no supone más que parte de la respuesta penal que se considera adecuada al contenido de injusto del hecho y a las características del autor"[87]*. Por ello, "en todo caso, queda proscrita cualquier posibilidad de «acumulación» de penas y medidas de seguridad a sujetos plenamente*

---

[84] Que opera, no obstante, como advierte GARCÍA ALBERO (*Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona 2001, pp. 539 y ss.) exclusivamente en caso de concurrencia de medidas de seguridad privativas de libertad con penas igualmente privativas de libertad.

[85] Cfr. *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid 1976, pp. 163 y ss.; "Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*", UNED, Madrid 2001, pp. 166 y ss.

[86] Citando al primero, y advirtiendo que éste es el punto de vista dominante en España. Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal español*, ob. cit., p. 42 y nota 48.

[87] *"Como ocurre cuando el ordenamiento jurídico decide sancionarlo sólo con una medida (inimputables) o en parte con una medida y en parte con una pena (semiimputables)"*. Cfr. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código Penal, Artículo 6*, dir. Manuel Cobo Del Rosal, Tomo I, artículos 1 a 18, Edersa, Madrid 1999, p. 247.

imputables, por muy peligrosos que sean. A ellos sólo puede imponérseles la pena"[88].

En virtud del mentado sistema vicarial, la concurrencia de penas y medidas de seguridad puede producirse en los supuestos de *semiimputabilidad* o eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 (causas de inimputabilidad). En todos ellos, el examen de imputabilidad ha puesto de manifiesto importantes déficits cognitivos o volitivos en el sujeto infractor, los cuales, sin embargo, no han impedido declararlo culpable, por lo que procede la imposición de una pena con aplicación de lo establecido en el artículo 68[89]. No obstante, pese a considerar *aprobado el examen de imputabilidad*, lo cierto es que éste ha evidenciado, como decía, sensibles reducciones de la capacidad intelectual y/o volitiva del sujeto, que ha *superado aquel examen* por escaso margen, quedando en una zona intermedia entre la imputabilidad plena y la inimputabilidad[90], lo cual aconsejará, si de aquellos déficits se derivara un riesgo de reincidencia criminal, la adopción de medidas orientadas a combatirla.

Se unen, por tanto, los fundamentos respectivos de penas y medidas de seguridad, esto es, culpabilidad y peligrosidad criminal por defectos de comprensión o voluntad, de autocontrol, en suma, procediendo una respuesta penal más elaborada o compleja, capaz de atender a las necesidades preventivos generales y especiales ocasionadas por la comisión culpable del delito y a las que se derivaren de los referidos defectos de control del comportamiento.

La solución del Código Penal a estos supuestos la hallamos en sus artículos 104 y 99. El primero autoriza al Juez o Tribunal a imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artícu-

---

88 Cfr. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código Penal, Artículo 6*, ob. cit., p. 247. En contra, GRACIA MARTÍN (*Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 347): "*La aplicación, a la vez, de la pena y de la medida de seguridad sería posible teóricamente sin que ello diera lugar ni a una infracción del principio «ne bis in idem» ni a una doble punición*".

89 Art. 68.– *En los casos previstos en la circunstancias 1.ª del artículo 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de circunstancias atenuantes o agravantes.*

90 El *límite superior* de ésta coincide con el inferior de la *semiimputabilidad*.

los 101, 102 y 103 (internamiento[91] y medidas no privativas de libertad del artículo 96[92]), con la previsión, no obstante, de que la medida de internamiento, cuya duración no podrá exceder de la prevista por el Código para el delito, sólo será aplicable cuando la pena sea privativa de libertad, debiendo observarse entonces lo previsto en el artículo 99, en el que se regula, propiamente, el mentado *sistema vicarial*[93].

El artículo 104 introduce una fórmula, como observa GARCÍA ALBERO[94]*, distinta a la propia de los artículos 101, 102 y 103 en relación con el establecimiento del límite máximo de cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad. Así, mientras estas últimas disposiciones, tratándose de inimputables, aluden al "tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto", el artículo 104 establece que la duración de la medida "no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito".*

Aunque, según indica aquel autor, la diversa fórmula empleada obedece a la finalidad de evitar un tratamiento desigual entre inimputable y semiimputable[95]*, de no hacer de peor condición a quien no puede ser*

---

91 En centro psiquiátrico, de deshabituación o educativo especial, respectivamente.

92 Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; privación de licencia o del permiso de armas; inhabilitación profesional; expulsión del territorio nacional —de extranjeros no residentes legalmente en España—; y las demás previstas en el artículo 105 del Código Penal.

93 Siendo aplicable el sistema vicarial únicamente cuando concurrieren penas y medidas de seguridad privativas de libertad, en los supuestos de penas que no tengan esta naturaleza la consideración de que el sujeto es semiimputable (y peligroso) podrá llevar consigo una acumulación de penas y medidas, sin que exista, en tal caso, un mecanismo corrector como el regulado en el artículo 99 que, como veremos, establece que el tiempo de cumplimiento de medida computa a efectos del de pena, evitándose, así, la mera acumulación material.
En el mismo sentido, vid. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 147: puesto que el art. 99 CP "*establece el sistema para las «penas y medidas de seguridad privativas de libertad», (...) obliga a entender que la acumulación de pena y medida será lo procedente cuando se trate de las no privativas de libertad, puesto que el art. 104 CP permite la aplicación de la medida «además» de la pena impuesta: en su caso, deberán aplicarse ambas, sin el abono que es propio de la privación de libertad en el sistema vicarial*".

94 Cfr. *Comentarios al nuevo Código Penal, Artículo 94*, ob. cit., p. 540.

95 A juicio de GARCÍA ARÁN (*Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 149), la razón de que el tope

sujeto de reproche jurídico-penal alguno que a quien sí lo merece[96], *este argumento es prisionero de la inercia histórica en la aplicación de la medida de internamiento: "presupone en efecto que la misma durará lo que hubiera durado la penal, cuando huelga insistir en la voluntad del nuevo Código por hacer de la misma un instrumento sometido a los principios de estricta necesidad y «ultima ratio»"*[97]. *Visto desde este nuevo prisma, el abandono del sistema seguido en el artículo 9.1 del anterior Código Penal*[98] *no resulta fundado: "y no lo es porque, en perspectiva invertida, posibilitaría una privación de libertad —vía medida de internamiento de persistir la peligrosidad— superior incluso a la que habría de derivarse del cumplimiento de la pena de prisión caso de haber sido declarado plenamente imputable", pues no exceder "de la pena prevista por el Código para el delito" supone tomar el límite superior del marco abstracto del correspondiente delito como límite máximo de cumplimiento, a su vez, de la medida. Y ello es, como indica GARCÍA ALBERO, un despropósito, ya que presupone, "en los términos del artículo 66, partir hipotéticamente de la mayor gravedad posible del hecho, así como de la mayor culpabilidad del autor —circunstancias personales del delincuente—", cuando lo que realmente se ha afirmado en sentencia es una culpabilidad disminuida.*

En consecuencia, debería, por exigencias del principio de proporcionalidad, interpretarse "al menos la previsión del art. 104 en los mismos términos a como se ha efectuado con relación a los arts. 101, 102 y 103: en definitiva, la duración de la medida de internamiento acordada no

---

temporal de la medida sea en estos casos la pena abstracta señalada en la definición típica correspondiente se halla en el carácter muy atenuado de la pena privativa de libertad que, por aplicación de la eximente incompleta, se habrá impuesto, lo que aconseja, siempre en su opinión, un margen más amplio para prevenir la peligrosidad del autor que, "*en todo caso, no necesita alcanzarse totalmente en la ejecución de la medida, debiendo alzarse ésta cuando la peligrosidad cese*".

96 "*Curiosamente, con el sistema anterior, la plena exención de responsabilidad podía resultar peor tratada que su sola minoración por concurrir la eximente incompleta. Pues, en efecto, el semiimputable se beneficiaba de un límite máximo en la duración de la medida de seguridad privativa de libertad; límite que ya había sido rebajado sustancialmente por concurrir precisamente la circunstancia que determinaba ese mismo internamiento*". Cfr. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal, Artículo 94*, ob. cit., p. 541.

97 Cfr. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal, Artículo 94*, ob. cit., p. 541.

98 Que refería la duración máxima del internamiento a la duración de la pena de prisión impuesta.

podrá ser superior a la de la pena de prisión que se hubiera impuesto en caso de no concurrir la eximente incompleta". Se trata, por tanto, "de entender que la «pena prevista en el Código para el delito» lo es para el delito concreta e históricamente realizado, esto es, teniendo en cuenta no sólo aspectos relativos a «iter criminis» y participación —lo que resultaría obligado incluso desde el entendimiento de la fórmula como «pena abstracta prevista para el delito»—, sino a la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (excepción hecha, obviamente, de las que han sido valoradas vía exención incompleta). En todo caso, y si se estimara que la diversa dicción legal del artículo 104 respecto del 101 ha de tener algún sentido, no sería lógico prescindir, «al menos», de la pena resultante de aplicar las reglas de autoría y participación"[99].

A mi juicio, la interpretación apuntada por GARCÍA ALBERO, favorable a restringir el alcance de la fórmula utilizada por el artículo 104, es demasiado limitada. Ciertamente, advierte en dos ocasiones que sus propuestas son «de mínimos» ("al menos"), pero no llega a sugerir otra solución más ambiciosa: aproximarnos en la práctica a la fórmula del artículo 9.1 del anterior Código Penal y atender como límite máximo de cumplimiento de la medida al marco penal "abstractamente aplicable al hecho cometido"[100], *esto es, concurriendo la eximente incompleta de inimputabilidad*[101]. *Se trataría ahora, parafraseando a GARCÍA ALBERO, de entender que la «pena prevista en el Código para el delito» —que jamás podrá ser superior a la «abstractamente aplicable al hecho cometido»*[102]*— lo es para el delito concreta e históricamente realizado, es decir, teniendo en cuenta sus aspectos objetivos —«iter criminis», autoría y participación— y subjetivos, incluida la eximente incompleta que*

---

99 "*Con todo, este planteamiento resulta minoritario en doctrina*". Cfr. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código Penal, Artículo 94*, ob. cit., p. 541.

100 Como señala el artículo 6 del Código Penal (*Título Preliminar, De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal*).

101 En el mismo sentido, si bien críticamente, SILVA SÁNCHEZ (*El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 41: la pena prevista por el Código para el delito "*será la resultante de la apreciación de la eximente incompleta correspondiente*"), pues entiende que dado que no se trata de una privación de libertad que tenga el sentido de castigo con fines preventivo-generales, sino de un tratamiento con sentido preventivo-especial, no pueden equipararse pena y medida.

102 Coincido, en este aspecto, con SILVA SÁNCHEZ (*El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 36, nota 81), que considera que el límite general del artículo 6 del Código Penal no puede superarse en ningún caso.

autoriza la aplicación del artículo 104 (e, incluso, cuantas circunstancias determinaron la concreta pena privativa de libertad impuesta, que operaría, así, como límite máximo de cumplimiento de la medida y, en su caso, de la acumulación sustitutiva de ambas).

Según el artículo 99, concurriendo penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará la ejecución, en primer término, de la medida, a la que se da, por tanto, prioridad, abonándose el tiempo de cumplimiento para el de la pena[103]. Una vez alzada, en su caso, la medida de seguridad (lo cual deberá suceder si desaparece la peligrosidad criminal del sujeto derivada de su semiimputabilidad[104]), el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105.

Mediante el cumplimiento, en estos casos, de la medida de seguridad y, parcialmente, de la pena[105]*, quedan ya satisfechas, en opinión de MIR PUIG*[106]*, tanto la prevención general cuanto la especial*[107]*, pudiendo el órgano judicial, así, proceder a la suspensión del "resto de la pena". A mi juicio, y aunque, efectivamente, puede considerarse en parte satisfecha la función de prevención general de la pena —porque se ha cumplido parcialmente y porque se ha eliminado la peligrosidad criminal del semiimputable—, resulta decisivo el éxito de la medida, los efectos positivos a través de ella alcanzados: enfrentadas la prevención general (resta una parte de pena por cumplir) y la especial (no se desea poner en peligro los efectos conseguidos), el legislador opta, en este caso, por dar preferencia a la segunda, seguramente en la confianza de que la prevención general, efectivamente, no sufrirá en exceso.*

---

103 "*Por entenderse*", en opinión de SILVA SÁNCHEZ (*El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., pp. 32 y 33), "*que el tiempo cumplido en concepto de medida de seguridad también ha contribuido al logro de los fines de la pena*".

104 En caso contrario, es decir, si dicha peligrosidad criminal no desapareciese, la medida durará hasta el límite máximo impuesto, abonándose el tiempo de ejecución, de forma íntegra, para el de la pena, que podrá verse extinguida, por ello, por el cumplimiento de una medida que computa a efectos de pena.

105 Pues el tiempo de cumplimiento de aquélla se abona para el de ésta.

106 Cfr. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976, pp. 118 y 119.

107 Que "*deja de ser necesaria si la medida antecedente ha eliminado la peligrosidad del sujeto*". Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, ob. cit., p. 119.

En fin, en relación con los presupuestos para la acumulación *sustitutiva* de penas y medidas de seguridad (comprobada la concurrencia de sus respectivos fundamentos y la conservación de idénticas funciones preventivas), cabe afirmar que son los mismos —con la peculiaridad ahora de que el sujeto es semiimputable— requeridos con carácter general por ambas: la imposición de una pena precisa la infracción culpable y punible de la norma penal, mientras la de la medida, afirmada dicha infracción, sigue exigiendo (pues el artículo 95 no introduce excepción alguna en este sentido) la *peligrosidad criminal* del sujeto, esto es, según terminología legal, *que del hecho y de las circunstancias personales de aquél, se deduzca un pronóstico de comportamiento futuro que revele —como consecuencia de su semiimputabilidad— la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

La previsión de imposición de medidas a sujetos semiimputables del artículo 104 no modifica, así, lo dispuesto, con carácter general, en los artículos 6 y 95, o, con otras palabras, el fundamento, presupuestos y fines de toda medida de seguridad.

4. Las consecuencias accesorias

El Título VI del Código Penal, rubricado *De las consecuencias accesorias*, introduce en el ordenamiento penal español una nueva categoría jurídica en la que se incluyen el comiso, que ha perdido su antigua condición de pena, y las medidas contra empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones previstas en el artículo 129 del Código Penal. Con ello, el legislador español sigue el rumbo, aun cuando sólo sea, como indica GRACIA MARTÍN[108], en el plano puramente nominal o de las etiquetas[109], que ya habían emprendido antes los ordenamientos europeos más avanzados[110].

---

[108] Cfr. *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 385.

[109] De hecho, según observa FERNÁNDEZ PANTOJA (*Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo Del Rosal, Tomo IV, Arts. 95 a 137, Edersa, Madrid 2000, p. 934), se ha pretendido incorporar a nuestro sistema punitivo una terminología procedente de otras legislaciones y, en especial, la alemana, *"de la que se ha adoptado el término, mas no su contenido"*.

[110] Por lo que, *"en ese sentido"*, añade GRACIA MARTIN (*Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 385), *"la decisión debe acogerse favorablemente"*.

Esta ampliación del catálogo de consecuencias jurídicas del delito genera importantes dudas, pues las *consecuencias accesorias* se presentan como una *categoría indefinida*[111], de la que lo único que se conoce es que no se corresponde, en principio, con las consecuencias penales tradicionales, esto es, penas y medidas[112], resultando cuestionable, incluso, su propia pertenencia al Derecho Penal[113].

En cualquier caso, y con independencia en este momento de cual sea su específica naturaleza jurídica, lo cierto es que el legislador estimó que la reacción tradicional contra el delito, instrumentada penalmente a través de penas y medidas de seguridad y corrección, y civilmente a través de la responsabilidad civil *ex delicto* regulada en el Código Penal, era insuficiente, por lo que consideró procedente incorporar nuevas consecuencias que otorgan una nueva dimensión a la lucha contra el crimen, capaz de ser *replicado* ahora con medidas *penales* aplicables a personas jurídicas[114].

4.1. El comiso

4.1.1. Regulación general del comiso en el Código Penal de 1995

4.1.1.1. Normativa vigente

El régimen jurídico-penal del comiso se contiene, con carácter general, en los artículos 127 y 128 del Código Penal, encabezando, por tanto,

---

[111] En este sentido, JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal*, dir. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid 1997, p. 360.

[112] Digo *en principio* porque existen opiniones doctrinales que, pese a su denominación y regulación independiente, las consideran, en realidad, consecuencias *tradicionales*. Así, por ejemplo, a juicio de ZUGALDÍA ESPINAR ("La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)", en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona 2001, pp. 896 y ss.), las medidas del artículo 129 son penas, radicando su peculiaridad en que se trata de penas dirigidas a personas jurídicas, lo cual supondría la derogación del principio *societas delinquere non potest*.

[113] En este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN (*Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pp. 387 y 388), que atribuye al comiso de ganancia naturaleza civil y al de efectos e instrumentos naturaleza administrativa.

[114] Lo cual no significa que esta nuevas medidas sean aplicables *sólo* a personas jurídicas, pues también puede hallarse entre sus destinatarios, por ejemplo, empresarios individuales.

el mentado Título VI[115]. El primero de estos preceptos, vigente hasta el 30 de septiembre de 2004[116], dispone lo que sigue:

«Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito[117/118]*, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren*

---

[115] Además de esta regulación general, en el Código Penal existen regímenes especiales (o reglas específicas) del comiso, entre los cuales destaca el establecido, en materia de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por el artículo 374, vigente, como el artículo 127, hasta el 30 de septiembre de 2004.

[116] El 1 de octubre de 2004 está prevista la entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Entre las materias afectadas se halla el comiso, cuya nueva regulación será comentada, en alguno de sus aspectos esenciales, en los apartados que siguen.

[117] La previsión genérica del comiso de ganancias, "*y no exclusivamente para los delitos de tráfico de drogas y de cohecho, como ocurría con anterioridad*", constituye, como señala AGUADO CORREA (*El comiso*, Edersa, Madrid 2000, p. 63), una de las novedades más importantes de la regulación del comiso en el Código Penal aprobado en 1995, especialmente teniendo en cuenta su trascendencia en la lucha contra la criminalidad organizada y de empresa.

En efecto, según NACIONES UNIDAS ("Prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional", en *Revista internacional de política criminal*, núms. 41 y 42, 1993, p. 15), *el comiso es un arma estratégica, un poderoso desincentivo económico de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y un medio de identificar y eliminar las ventajas financieras "y el consiguiente poder de la conducta antisocial"*. El protagonismo del comiso de ganancias en la lucha contra la criminalidad organizada, reflejado, como apunta la autora antes citada (*El comiso*, ob. cit., pp. 66 y ss.) en diversos instrumentos internacionales —así, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988—, ha motivado que algunos autores hayan aludido a la *tercera dimensión* que incorpora el comiso en la prevención de delitos (en este sentido, HUBER, "El comiso de ganancias en el Derecho Penal, con especial referencia a la legislación sobre drogas", en *Actualidad Penal*, 1990, p. 348) o lo hayan adjetivado como una *cuarta vía* (cfr. PIETH/NATERER, "Schweiz", en *Moglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfund der Organisierten Kriminalität. Bestansaufnahme und Perspektiven im internationalen Vergleich*, Freiburg i. Br., 1997, p. 106, citado por AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., p. 67, nota 187) o *dimensión* (cfr. EBERBACH, "Zwischen Sanktion und Prävention-Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, p. 487).

Con el comiso de ganancias se pretende, "*en definitiva... evitar que dichas ganancias sean utilizadas para cometer otros delitos, o para corromper —entre otros a políticos o funcionarios, empresarios o testigos—, o bien evitar que se reinviertan en el circuito*

podido experimentar. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito[119] *que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.»*

El artículo 128, por su parte, es del siguiente tenor:

«Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso, o decretarlo parcialmente.»

4.1.1.2. La reforma del comiso: la LO 15/2003, de 25 de noviembre

El día 1 de octubre de 2004 entrará en vigor, como adelantaba, según prevé su Disposición Final Quinta, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de

---

económico del país para integrarlas de nuevo en el sistema financiero. Sin embargo, con la supresión de estas ganancias no sólo se pretende conseguir un efecto preventivo especial. Aparte de tratar de evitar que las ganancias sirvan como capital de inversión, lo que se pretende es que tenga un efecto preventivo general, es decir, que se transmita a los delincuentes la idea de que a través de la comisión de estos hechos delictivos no van a enriquecerse". Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., p. 71. Destaca también esta función preventivo-general ESER, "Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kamp gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuallen Reformbemühungen", en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburstag*, Heildelberg 1993, p. 835.

[118] La ausencia de previsión legal del comiso de ganancias, reclamada desde la doctrina, no impidió, sin embargo, que Jueces y Tribunales lo decretaran, consumando una práctica severamente criticada por MANZANARES SAMANIEGO, que la calificó como "*una generalizada corruptela de nuestros tribunales*", pues olvidaba que en el comiso "*no se incluían ni las ganancias ni las cosas sólo relacionadas con la acción*". Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", en *Actualidad Penal*, 1997, p. 536.

[119] "*El tercero beneficiado con la excepción no puede ser responsable del delito, lo que es una obviedad traída de los viejos textos, pues entonces no sería tercero*". Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., p. 533.

noviembre, y, por consiguiente, el nuevo artículo 127, compuesto por cuatro números[120], y con el siguiente contenido:

«1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de **los bienes, medios** o instrumentos con que se haya **preparado** o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o **falta**, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el párrafo anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado **si la Ley no previera otra cosa**, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.»

4.1.2. Naturaleza jurídica del comiso: su configuración como consecuencia accesoria

4.1.2.1. El comiso como pena accesoria

Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en mayo del año siguiente, el comiso tenía la consideración de *pena* y, más concretamente, de *pena accesoria*[121], según disponía el artículo 27 del Código Penal de 1973[122].

---

[120] Mientras el 1 y 4 reproducen, con algunas modificaciones, el actual artículo 127, los números 2 y 3 incorporan previsiones absolutamente novedosas.

[121] *"No se trata tan sólo de que hasta 1995 se le considerara como tal, sino de que era la pena accesoria «por excelencia»"*. Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, "Comentario al

Consecuencia destacada de su configuración como *pena* era el sometimiento del comiso al principio de personalidad de las penas y, por consiguiente, la imposibilidad de dirigirse contra terceros ajenos al delito o falta. Dicho de otro modo, la declaración de responsabilidad penal de un sujeto era una condición necesaria para que el comiso operara sobre bienes de su titularidad. Constituida la comisión de un delito o falta, esto es, la infracción culpable y punible de una norma penal, en presupuesto del comiso, la incapacidad criminal de las personas jurídicas o entes supraindividuales determinaba su imposible caracterización como sujetos pasivos del comiso, cuyo ámbito de aplicación subjetiva se reducía, por ello, a las personas físicas[123].

Requiriendo la realización culpable y punible de una infracción penal por parte de cada uno de los titulares de los bienes adjetivados como instrumentos, efectos o ganancias del delito, e imposible su proyección a personas jurídicas, el principal problema del comiso era su excesiva rigidez, lo cual limitaba notablemente su efectividad como instrumento preventivo.

4.1.2.2. El comiso como consecuencia accesoria

En el vigente Código Penal, por el contrario, el comiso *pierde* su carácter de pena y *adquiere*, como hemos visto, el de *consecuencia accesoria*[124], surgiendo la necesidad, ya apuntada, de determinar la

---

Artículo 127 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Edersa, Madrid 2000, p. 988.

[122] El artículo 27 del Antiguo Código penal clasificaba las penas en *penas graves, penas leves, penas comunes a las dos clases anteriores* y *pena accesoria*, calificando como tal la *pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito*, mientras el art. 48 del citado Código Penal establecía el régimen jurídico de aquella *pena accesoria*.

[123] La circunstancia subrayada, advertida por GRACIA MARTÍN, le llevó a afirmar que en nuestro anterior Código Penal *"se producía de «lege lata» una laguna ante la imposibilidad de aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito en los casos de comisión de un delito a través de una persona jurídica con instrumentos que pertenecieran exclusivamente a ésta o que produjera efectos para ella, pues la persona jurídica es, por un lado, un tercero con respecto al responsable del delito, y por otro lado, aquélla no puede ser nunca responsable del delito, dado que en nuestro Derecho rige sin excepciones el principio «societas delinquere non potest», es decir, el principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas"*. Cfr. GRACIA MARTIN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pp. 391 y 392.

[124] En opinión de MAPELLI CAFFARENA este cambio pone de manifiesto *"que el legislador ha querido distanciar las consecuencias accesorias de la pena"*. Cfr.

naturaleza de esta nueva categoría jurídica. En cualquier caso, liberado de su carácter de pena, el comiso adquiere una mayor flexibilidad en su imposición[125], extendiendo su alcance *subjetivo*, ya que puede afectar a bienes cuya titularidad corresponde a terceros penalmente irresponsables[126].

La modificación del régimen jurídico del comiso, capaz ahora de superar sus anteriores límites subjetivos, responde, por tanto, a un cambio previo, favorablemente acogido por la doctrina[127], en su

---

MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", *Revista Penal*, n.º 1, julio 1997, p. 48. Vid. también, en este sentido, AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., pp. 30 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., pp. 522-523; GRACIA MARTÍN, "Las consecuencias accesorias", en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* —2000—, p. 389; PRATS CANUT/MORÁN MORA, "Comentario al artículo 128 del Código Penal", en *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona 2001, pp. 614-615; GUINARTE CABADA, "Comentario al artículo 127 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, coord. Tomás S. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 657; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona 2002, p. 796; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid 2002, p. 57; MUÑOZ CONDE/ GARCIÁ ARÁN, *Derecho Penal. Parte General —2002—*, ob. cit., p. 625; JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coords. Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac, Universidad Jaime I, Valencia 1997, pp. 118 y 119; FERNÁNDEZ PANTOJA, "Comentario al Título VI del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Edersa, Madrid 2000, p. 944; PERIS RIERA/ PLÀ NAVARRO, "Comentario al Artículo 127 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Tomo IV, Artículos 95 a 137, Edersa, Madrid 2000, pp. 948 y ss.

125 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., p. 531.

126 Precisamente en esta extensión subjetiva observa MANZANARES SAMANIEGO ("Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., p. 532) un importante retroceso de la normativa español: "*es precisamente en la consideración —o desconsideración— del tercero donde la nueva normativa española no sólo no avanza, sino que retrocede*". Por el contrario, AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., p. 51) considera criticable la amplia protección que en nuestro Código Penal se le otorga al tercero de buena fe en los casos en los que procede el comiso de efectos e instrumentos o *comiso de seguridad*: "*dicha protección no está demasiado justificada desde el punto de vista del fundamento y finalidad de dicha consecuencia accesoria que la acerca a las medidas de seguridad*".

127 MANZANARES SAMANIEGO ("La pena de comiso en el Proyecto de Código Penal", ob. cit., p. 617) y GRACIA MARTÍN (*Responsabilidad de directivos, órganos y*

conceptuación y, consiguientemente, en su naturaleza jurídica. Aunque su actual consideración como *consecuencia accesoria* no explica qué es exactamente el comiso[128], dejando abierto, por tanto, un importante debate[129], sí evidencia que no se trata ya de una pena, sino de una *nueva* consecuencia del delito[130], no sometida a los principios de personalidad o culpabilidad, característicos de la sanción con la que comúnmente se identifica este sector del Derecho, pero sí, expresamente en relación con alguna de sus modalidades, al de proporcionalidad[131].

Es importante subrayar que los cambios introducidos por la Ley Orgánica 10/1995 nacen precisamente con la pretensión, *en parte*

---

representantes de una persona jurídica por delitos especiales, ob. cit., p. 96) habían denunciado que de la caracterización del comiso como pena se derivaban los problemas de mayor gravedad que esta consecuencia generaba, problemas que el legislador ha intentado salvar, si bien sin éxito en gran medida, en opinión de AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., p. 33), con su nueva configuración.

128 Más allá, por supuesto, de informar que no constituye ya una pena, siquiera *accesoria*, y sí, junto con las medidas previstas en el artículo 129, una *consecuencia accesoria*.

129 "*La doctrina más reciente acentúa precisamente como uno de los principales rasgos de esta nueva categoría la discutibilidad de su naturaleza dada la imposibilidad de ser consideradas penas, ni medidas de seguridad, ni medidas reparadoras de daños y perjuicios, ni medidas de carácter administrativo*". Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, "Comentario al Título VI del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 944.

130 Subrayo el término *nueva* porque si bien el comiso era ya una consecuencia conocida por el Derecho Penal no existía en su configuración jurídica actual, claramente diferenciada de la pena.

131 El principio de proporcionalidad en sentido estricto, uno de los tres subprincipios en que se descompone el principio de proporcionalidad en sentido amplio, ha sido objeto de reconocimiento explícito, con respecto al comiso de efectos e instrumentos, en el artículo 128 del CP. El fundamento de dicho reconocimiento se encuentra, como subraya AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., p. 54), en el hecho de que se trata de una consecuencia que supone una gravísima intromisión en la esfera patrimonial del sujeto afectado. Aunque dicho reconocimiento expreso se limita, como hemos visto, al comiso de efectos e instrumentos, limitación cuyo fundamento podría radicar, según apunta la citada autora (ob. ult. cit., pp. 84 y 85), en la distinta función que corresponde a aquel comiso y al de ganancias, lo cierto es que "*nada impide que también en estos casos rija el principio constitucional de proporcionalidad*" (p. 85), si bien los límites de él derivados serán distintos a los que disciplinan el comiso de efectos e instrumentos. Al respecto, y siguiendo la regulación establecida en el parágrafo 73 c 1 inciso 1.º StGB, entiende que sería deseable la introducción, en nuestro sistema legal, de una cláusula que autorizara no decretar el comiso de ganancias cuando pudiese resultar de una injusta dureza para el afectado (p. 87).

conseguida[132], de hacer más flexible, más ágil, un instrumento hasta entonces, según he comentado, excesivamente rígido[133] como consecuencia de su configuración como pena accesoria[134]. Por una parte, era preciso acreditar plenamente que la cosa sobre la cual iba a recaer el comiso pertenecía a una determinada persona cuya responsabilidad penal era necesario declarar previamente; por otra, esto último resultaba imposible, como hemos visto, cuando el titular del bien era una persona jurídica, pues ésta siempre será considerada un tercero, dada su incapacidad criminal, en relación con el delito o falta; además, la concurrencia de causas de inculpabilidad, de eximentes, por tanto, de naturaleza personal que, sin embargo, no eliminan la antijuridicidad del comportamiento, anulaba la operatividad del comiso, pues su *accesoriedad* lo era respecto de una pena principal[135], dependiendo su imposición de la previa comisión, de forma responsable, de un injusto individual[136].

---

[132] Realizo esta puntualización porque, como veremos posteriormente, la imposición del comiso está sometida a presupuestos que le confieren aún hoy una evidente rigidez.

[133] Respondo, así, a la pregunta planteada por FERNÁNDEZ PANTOJA ("Comentario al Título VI del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 943) cuando analiza la problemática relativa a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: "*¿por qué el comiso deja de ser una pena accesoria para pasar a ser una «consecuencia», agravando todavía más la polémica que lo rodea?*".

[134] En este sentido, vid., por ejemplo, GRACIA MARTÍN (*Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* —2000—, ob. cit., p. 391), a cuyo juicio, "*los problemas que planteaba*" la regulación del comiso se derivaban "*de su configuración formal como una auténtica pena*".

[135] Manteniendo "*como presupuesto para la aplicación del comiso, la imposición de una pena*", su "*accesoriedad se vincula, no a la comisión de un hecho antijurídico, sino al establecimiento en la sentencia de una clase determinada de sanción penal: una pena*". Vid. GUINARTE CABADA, "Comentario al artículo 127 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 657.

[136] "*Aun cuando el instrumento utilizado por el autor sea un objeto peligroso y exista la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para cometer nuevos delitos, no podrá ser objeto de comiso, según el art. 127 CP, si el autor del hecho, por ser por ejemplo un inimputable, es un sujeto incapaz de culpabilidad, pues en tal caso no se le habrá podido imponer ninguna pena*". Vid. GRACIA MARTIN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* —2000—, p. 395.

En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, "Comentario al artículo 127 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 657: "*Con esa solución permanecen vivos los problemas relativos a la imposibilidad de decretar la sanción de comiso cuando la pena no llegue efectivamente a imponerse (solución que estimamos inadecuada), bien porque concurra una causa de inculpabilidad, y se imponga, en su caso, una medida de seguridad, bien porque concurra una excusa*

Pese a que este último requisito, la necesidad de declarar la culpabilidad penal del sujeto titular del bien en principio decomisable, parece subsistir tras la promulgación del Código Penal de 1995, pues aún es precisa la imposición de una pena y, consecuentemente, la comisión de un delito o falta (doloso) en sentido estricto, lo cierto es que la imposición de dicha pena actúa como un presupuesto *genérico* del comiso: realizado, de forma culpable y punible, un hecho penalmente antijurídico, el comiso se proyecta sobre todos los bienes que constituyeren efectos del delito, instrumentos con que se hubiere ejecutado éste, o ganancias procedentes de él, con independencia, en principio, de quien fuere el titular de dichos bienes, de que dicho titular hubiere participado o no en el delito y, en el primero de estos casos, de que hubiese actuado culpable o inculpablemente. Es suficiente, en fin, la declaración de responsabilidad criminal de una sola persona para que opere el comiso sin necesidad de sujetarse a las exigencias que imponía el obligado respecto al principio de personalidad de las penas[137].

El decomiso de todos los bienes que fueren efectos, instrumentos o ganancias del delito sólo halla, salvo lo previsto en el artículo 128[138], un límite: que el titular del bien fuere un tercero de buena fe no responsable del delito[139].

---

absolutoria o una causa de extinción de la responsabilidad penal, y no proceda la condena. No parece, sin embargo, que el presupuesto haya de llevarse hasta el extremo de entender no aplicable el comiso cuando exista alguna causa que impida la ejecución de la pena realmente impuesta en la sentencia (por ejemplo, en los casos de ausencia del reo, muerte sobrevenida a la condena, etc.), pues en esos casos la pena ha sido formalmente impuesta (por la sentencia)".

137 De esta forma, mientras las penas sólo puede imponerse a la persona física que cometió el delito, el comiso, que presupone también la imposición, por haber cometido un delito o falta, de una pena a una persona física, no se dirige contra ésta, sino contra el bien, pertenezca éste, o no, a dicha persona física. Si son varios los bienes decomisables, y distintos los titulares de cada uno de dichos bienes, la imposición de una pena autorizará el comiso en relación con todos ellos, pues el comiso *persigue* al bien y no a su titular, aun cuando será éste, en última instancia, el afectado por aquella medida.

138 Que, recordemos, permite no decretar el comiso, o sólo decretarlo parcialmente, cuando, tratándose de efectos e instrumentos del delito de lícito comercio, su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles.

139 Que lo hubiere adquirido legalmente. Este requisito, considerado *poco afortunado* por MANZANARES SAMANIEGO ("Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", ob. cit., p. 533), debe entenderse, como indica GUINARTE CABADA

Tercero no responsable del delito, potencialmente afectado por el comiso, lo será todo sujeto penalmente irresponsable[140] *al que pertenecieren los instrumentos y efectos del delito o las ganancias que hubiese generado, con independencia de que se trate de una persona física o jurídica. Excluir a esta última del ámbito de aplicación subjetiva del comiso ni resulta obligado*[141]*, ni sería, a mi juicio, una decisión afortunada, pues provocaría, como advertía GRACIA MARTÍN, una indeseable laguna que inutilizaría el comiso como instrumento de política-criminal, favoreciendo una sencilla elusión de las reglas del comiso, mediante su transmisión a personas jurídicas*[142]*, de los instrumentos y efectos del delito, y de las ganancias derivadas de éste.*

En suma, dado, por una parte, que el comiso ha dejado de ser una pena, circunstancia ésta que relativiza la influencia que pudiera ejercer en este ámbito el principio «societas delinquere non potest», incapaz ahora de impedir la imposición de aquél, y, por otra, que la persona jurídica no puede ser responsable de delitos y sí, lógicamente, tercero no responsable y titular de los efectos o instrumentos del delito o de las ganancias por éste generadas, cabe afirmar la capacidad de la persona jurídica para constituirse en sujeto pasivo del comiso.

(*Comentarios al Código Penal de 1995*, ob. cit., pp. 662 y 663), "*no como una exigencia de cumplimiento de todas las formalidades legales para que la cosa no pueda ser reivindicada con éxito por un tercero, sino como alusiva a una adquisición no penal o administrativamente ilegal*". En este último sentido, vid. también SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias", en *Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid 1996, p. 331.

140 Deben incluirse aquí no sólo terceros en principio desvinculados del delito, sino también quienes, siendo autores o partícipes, fueron absueltos por ausencia de antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad.

141 Antes al contrario. Piénsese que la persona jurídica, excluida la posibilidad de configurarse como *actor* del delito y, consecuentemente, hablar de ella, con respecto a aquél, *en primera persona*, sólo puede considerarse, en relación con la titularidad subjetiva de la infracción criminal (bien sea en concepto de autor, bien en concepto de partícipe), como un *tercero* que, eso sí, puede ser, o no, de *buena fe*.

142 Vid., en este sentido, WEIGEND, "Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", trad. de J. L. de la Cuesta Arzamendi, en *RIDP*, vol. 68, núms. 3-4, 1997, p. 563: "*una de las características del crimen organizado reside en que los beneficios son a menudo transferidos de manera muy rápida por el autor originario a otras partes de la organización donde son difíciles de detectar*".

4.1.2.3. Significación penal del comiso: tercera vía

Aun cuando se estime que la caracterización del comiso como una *consecuencia accesoria* no es argumento suficiente, por sí solo, para dejar de considerarlo una *pena,* por lo que su nueva denominación supondría únicamente un simple cambio de etiquetas, el hecho de que el artículo 127 autorice su imposición con respecto a bienes pertenecientes a terceros sin responsabilidad criminal resulta decisivo para entender que el mentado cambio de etiquetas responde a una verdadera transformación de la naturaleza jurídica del comiso, que no sólo formal, sino también materialmente, dejó, efectivamente, de ser una pena.

Afirmar que el comiso no es una pena ni, por similares razones, una medida de seguridad personal[143], no obliga, pese a todo, a considerarlo una *consecuencia penal* del delito, pues cabe sostener aún, como hace GRACIA MARTÍN[144], que se trata *"más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil", "pues sus presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal"*[145].

A mi juicio, el comiso posee *naturaleza penal* y no, como defiende aquel autor, *carácter administrativo* o *civil.* Se trata, por tanto, de una *consecuencia penal del delito o falta*[146]. Argumentos decisivos que

---

[143] En la medida en que el comiso puede alcanzar a terceros criminalmente irresponsables, incluidos sujetos penalmente incapaces, como las personas jurídicas, debe rechazarse también que constituya una medida de seguridad tradicional, dirigida a neutralizar la peligrosidad criminal postdelictiva del sujeto al que se impone. Dicho de otro modo, también las medidas de seguridad tienen, pese a imponerse a sujetos *no responsables de la infracción* (por supuesto, con la salvedad de las que se impusieran a sujetos *semiimputables*), un carácter personalísimo que impide, como sucedía con las penas, su imposición a *terceros ajenos al delito.*

[144] Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* —2000—, ob. cit., p. 394.

[145] Mientras el comiso de efectos e instrumentos parece adoptar, según el referido autor, carácter administrativo, pues está orientado a prevenir su futura utilización para la comisión de nuevos delitos, el comiso de ganancias es, pese a hallar en el delito su presupuesto, *"una medida de derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, más concretamente el enriquecimiento injusto"*. Cfr. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* —2000—, ob. cit., pp. 399 y 400.

[146] La atribución de una u otra naturaleza al comiso incidirá, lógicamente, en la resolución de diversas cuestiones concretas (por ejemplo, en la delimitación del ámbito de representación de la persona jurídica a los efectos de determinar si hubo o no buena fe, más restringido si se trata de una medida penal y más amplio si se

apoyan esta posición son, primero, la necesaria realización, de forma antijurídica —y, aun, culpable—, de una conducta típica y, segundo, el carácter preventivo concedido mayoritariamente al comiso[147/148]. La manifiesta conexión con el delito —o falta—, cuyas comisión y prevención constituyen, respectivamente, su *presupuesto* y *orientación*, imprimen, por tanto, carácter penal al comiso[149].

Con otras palabras, no se trata sólo de que el comiso esté previsto en el Código Penal como consecuencia accesoria imponible por un Juez o Tribunal penal en un proceso criminal, sino, ante todo, de que es una consecuencia que nace para *prevenir la comisión de ilícitos penales y cuyo presupuesto es, precisamente, la ejecución de uno de estos ilícitos: nace, por tanto,* por *la comisión de un ilícito penal y* para *la evitación de otro u otros ilícitos de idéntica naturaleza.*

Incorporado al catálogo de *consecuencias penales del delito*, el comiso no constituye, sin embargo, una pena ni una medida de seguridad, por lo que debe caracterizarse como *una tercera vía o consecuencia penal*, esto es, como dispone el Código Penal, como una *consecuencia accesoria.*

---

trata de una consecuencia civil), implicando, de forma más general, el sometimiento a una disciplina informada por principios más (Derecho Penal) o menos (Derecho Civil, Derecho Administrativo) garantistas.

147 En cambio, la competencia de los Jueces y Tribunales penales y la consiguiente garantía jurisdiccional no resultan decisorios, pues dichos órganos pueden imponer tanto consecuencias penales cuanto *comunes* o no penales (v.g., la responsabilidad civil). Por el contrario, los Jueces y Tribunales no penales no son competentes para imponer medidas de naturaleza penal.

148 Incluso quienes consideran que el fundamento del comiso de ganancias es el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto, subrayan su importante función político criminal como medio de lucha contra la criminalidad organizada y, en general, contra toda delincuencia actuada con móviles económicos. Dicho de otro modo, también el comiso de ganancias tienen una evidente orientación preventiva. Vid., en aquel sentido, FARALDO CABANA, "El comiso en relación con lo delitos de tráfico de drogas", ob. cit., p. 253.

149 Dicha caracterización no impide, sin embargo, concederle una fundamentación dual —cuando se dirige contra las ganancias procedentes de la comisión de infracciones penales— que, sin restarle carácter penal, le otorga una naturaleza plural, pues también tiñe esta institución con perfiles civiles. Comparto, así, la posición de AGUADO CORREA (*El comiso*, ob. cit., pp. 80 y 81) cuando rechaza una comprensión monista de los fines del comiso de ganancias y decide partir de una concepción dualista de aquéllos que, sin embargo, no desvirtúa su naturaleza de consecuencia penal. En concreto, a la función preventiva debe sumarse, a mi juicio, otra, de perfiles, como decía, eminentemente civiles, consistente en impedir enriquecimientos ilícitos.

Con esta nueva *conceptuación* el legislador ha resuelto, en suma, como advierte FARALDO CABANA[150], la ardua discusión doctrinal suscitada en torno a la cuestión de la naturaleza jurídica del comiso: no se trata de una pena accesoria, como establecía el ACP, ni de una medida de seguridad, como sostenían algunos autores, y tampoco de una medida de naturaleza civil, como afirmaba otro sector doctrinal. Estamos, según reza la rúbrica del Título V del Libro I del CP, ante una *consecuencia accesoria*, de la que si bien se desconoce en gran medida *lo que es*, sí se sabe *lo que no es*[151].

Enfrentados a esta situación de incertidumbre o ambigüedad, a mi juicio, *calculada*[152] (seguramente por las dificultades propias del tema y por entender, como apunta MAPELLI CAFFARENA, que "*no corresponde a la ley resolver debates de la doctrina*"[153]), se hace preciso afrontar la resolución de varias cuestiones que, de otra forma[154], podrían considerarse ya decididas. En efecto, si el comiso fuera aún una *pena accesoria*, estaría sometido a la disciplina impuesta por los principios propios de las penas, por lo que no sería necesario plantearse cuales son sus presupuestos (la comisión culpable y punible de un hecho penalmente ilícito), su fundamento (el comiso conceptualmente supondría una retribución por el hecho responsablemente cometido) o su función (prevención general y especial de delitos). Transformado en *consecuencia accesoria* y, por tanto, según se ha indicado, en una nueva consecuencia penal, el fundamento, presupuesto y función del comiso serán también, necesariamente, otros.

---

150 Vid. FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas", ob. cit., p. 254.

151 En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, p. 231: "*El C.p. de 1995 ha clarificado la naturaleza jurídica de estas «consecuencias accesorias», desde el momento en que ha empleado esa terminología específica y las ha incardinado en un título independiente*"

152 La *vaguedad* o *textura abierta* del lenguaje puede ser utilizada por el legislador precisamente con la intención de no definir los perfiles dogmáticos de una institución y dejar que dicha labor sea realizada por doctrina y jurisprudencia. Sobre dicha *ambigüedad calculada* vid. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid 1994, p. 254.

153 Vid. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", ob. cit., p. 48.

154 Esto es, si no se hubiera producido la comentada *transformación jurídica* del comiso.

4.1.3. Fundamento y presupuestos

4.1.3.1. Legislación actual

A diferencia de las penas y medidas de seguridad, el comiso sí puede, como hemos visto, alcanzar actualmente a terceros, ajenos a la comisión del delito o falta, poseedores de ciertos conocimientos que, generando un vínculo entre ellos y la infracción cometida[155], autorizan decretar el comiso de bienes de su titularidad.

La extraordinaria proyección subjetiva del comiso, imponible sobre bienes pertenecientes a sujetos que no han realizado conducta típica alguna, ni en concepto de autor ni en el de partícipe, obedece al fundamento de aquél, esto es, la *peligrosidad objetiva del bien*, entendida ésta como probabilidad de que dicho bien favorezca la comisión futura de otros ilícitos penales, bien porque se prevea su utilización[156] como instrumento criminal, bien por su posible uso como medio de financiación de actividades delictivas, con independencia, por cierto, de que la *inversión criminal* la realice la persona a la que pertenecieren los bienes u otra distinta. Y ello porque el comiso *combate* únicamente la peligrosidad *procedente del bien*[157] y no la de un sujeto concreto.

Éste sólo *interesa* en la medida en que es necesaria la declaración, necesariamente individualizada[158], de antijuridicidad de un hecho y, aun, de responsabilidad penal del autor o, en su caso, de alguno de los autores o partícipes de dicha conducta, o, con otras palabras, decretar el comiso exige una actuación, atribuible a una o varias personas físicas, típica, antijurídica e, incluso, culpable y punible, constituyéndose así, dicha actuación, en presupuesto para la imposición de una consecuencia, el comiso, que requiere la previa imposición de otra consecuencia,

---

155 E imposibilitando, por consiguiente, considerarlos *de buena fe*.

156 O, en su caso, *reutilización*.

157 Y que, como indica MAPELLI CAFFARENA ("Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", ob. cit., p. 50), puede venir originada por resultar el bien *intrínsecamente peligroso* (drogas, dinero o documentos falsificados) o por encontrarse a disposición de ciertas personas.

158 Esto es, con perfecta identificación del sujeto o sujetos autores de la conducta. No es suficiente, por tanto, la declaración *genérica* de que ha existido un ilícito penal cuyos responsables, sin embargo, no han podido ser identificados, pues todo delito tiene una insoslayable dimensión de injusto personal o físico (esto último en el sentido de que no tienen capacidad penal las personas jurídicas o grupos organizados).

concretamente una pena, respecto a la cual tendrá necesariamente carácter accesorio[159].

Afirmada la concurrencia de dicho presupuesto, que hace del comiso una medida *postdelictiva*, es indiferente que el bien *objetivamente peligroso* pertenezca a quien se declaró penalmente responsable del delito, a quien, habiendo participado en su ejecución, fue declarado irresponsable o, finalmente, a un tercero que no hubiere tenido participación alguna en dicha ejecución. Además de no ser precisa la coincidencia entre responsable penal (sujeto pasivo de la pena) y titular del bien (sujeto pasivo del comiso), tampoco se requiere peligrosidad de alguno de dichos sujetos[160], pues, como he dicho, la peligrosidad que fundamenta la imposición del comiso debe *juzgarse en términos objetivos*[161].

Nos encontramos, en suma, ante una *medida de seguridad o prevención objetiva que puede afectar a sujetos que hayan participado en la comisión de un hecho penalmente antijurídico, sean o no penalmente responsables, o a terceros ajenos a dicha infracción*, con la única exigencia de que se hubiere declarado la responsabilidad penal de alguno de aquéllos. No existe en este ámbito, por tanto, un *principio de personalidad* del comiso *que obligue*, como sucede con las penas y medidas de seguridad, *a imponer aquella consecuencia accesoria a quien, siendo autor o partícipe de un delito o falta, resulte ser, además, culpable o peligroso*, aunque sí se requiere, insisto, la previa declaración de responsabilidad penal de una persona física concreta[162].

Fundamento del comiso de ganancias lo constituye, además de la peligrosidad objetiva, la producción de un enriquecimiento que, por derivarse de la comisión de delitos, debe considerarse ilícito.

---

[159] Aunque no toda pena llevará consigo, pese a la dicción de la ley, el comiso de uno o varios bienes, la imposición de éste requiere antes la de una pena: puede haber pena sin comiso, pero no comiso sin pena.

[160] Si el titular del bien lo fuere una persona jurídica ni siquiera sería posible afirmar *su peligrosidad*.

[161] Como he dicho antes, si bien la pena se dirige contra una persona, concretamente, contra la que ha cometido el delito, el comiso *persigue* al bien, a los efectos, instrumentos o ganancias del delito, pudiendo alcanzar, si su titular no es uno de los responsables penales, a terceros y, por cierto, tantos como titulares de bienes hubiere, siempre, por supuesto, que no fueren terceros de buena fe que hubieran adquirido legalmente el bien.

[162] Puede afirmarse, desde otra perspectiva, que el comiso puede aplicarse a quienes no son *titulares del delito o falta* en virtud de una peligrosidad que, por ser objetiva, no procede ni de aquéllos ni del tercero *titular del bien*, sino de éste.

4.1.3.2. LO 15/2003, de 25 de noviembre

La rigidez originada por la necesidad de que se declare que se cometió culpablemente la infracción penal que constituye el presupuesto del comiso, y que puso de manifiesto la peligrosidad del bien en ella utilizado —o de ella nacido—, ha intentado corregirse mediante la introducción de la regla prevista en el artículo 127.3, que establece, como vimos al principio, que el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso *aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.*

La primera de estas dos reglas, en principio la más ambiciosa[163], permite, según parece, obviar la necesidad de que el autor de la infracción criminal sea declarado culpable, lo cual constituye una sensible mejora en relación con la situación actual, aproximando el comiso, por otra parte, a las medidas de seguridad, con las cuales mantiene evidentes semejanzas[164], y distanciándolo definitivamente de las penas, cuya imposición no será ya requisito para decretar el comiso.

La loable intención del legislador no ha sido, pese a todo, afortunadamente traducida por la ley[165]. En efecto, la redacción de ésta da a entender que si en la infracción hubieren participado varias personas el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso pese a que no se hubiere impuesto pena, por estar exenta de responsabilidad criminal, a *alguna* de ellas, pero sí —o, al menos, así parece insinuarlo el tenor literal del artículo 127.3— a *otra* u *otras* o, por usar aquellos mismos términos, a *alguna* de ellas. Dicho de otro modo, el texto de la ley sugiere que la nueva previsión introducida sólo será aplicable en supuestos de partici-

---

[163] Pues no exige el nacimiento de responsabilidad penal, mientras la segunda, por el contrario, lo presupone. Sobre esta última, vid. PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal", ob. cit., edición digital; CORREA AGUADO, "La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 5, 2003, p. 7.

[164] El comiso es, como hemos apuntado, una *medida de seguridad postdelictiva de naturaleza objetiva*, cuyo fin es *prevenir la peligrosidad de un bien*; las medidas de seguridad tradicionales, por su parte, son *medidas igualmente postdelictivas de naturaleza, sin embargo, subjetiva*, cuyo objetivo es *prevenir la peligrosidad de un sujeto*.

[165] Lo cual, sin embargo, no debe impedir alcanzar la conclusión subrayada.

pación plural en el delito[166], en los cuales, apunta, la exención de responsabilidad penal de *alguno* de los partícipes no impedirá que se acuerde el comiso de los bienes correspondientes.

Evidentemente, no sólo no era ésta la intención del legislador, sino que ni siquiera era necesaria una previsión de esta naturaleza para conseguir el resultado explicitado. Esta posibilidad ya existía —ya existe, para ser más precisos— con el *antiguo* artículo 127, pues éste únicamente requería la imposición de *una pena*, el reconocimiento de que se cometió *una infracción criminal*, para decretar el comiso de los bienes que se hubieren utilizado en su ejecución[167] o que fueren efectos o ganancias del delito, independientemente del número de partícipes en aquella infracción y de que dichos bienes pertenecieren a una o varias personas, se hallaren, o no, entre los referidos partícipes.

Por ello, y pese a desacertada redacción del artículo 127, éste debe interpretarse en el sentido de que para acordar el comiso seguirá siendo preciso, obviamente, *una* infracción de la norma penal, pero no, una vez entre en vigor el texto incorporado por la reforma, la declaración de que tal infracción ha sido cometida culpablemente.

En cualquier caso, y aunque la interpretación propuesta puede considerarse, en tanto no opuesta a ella, conforme a la letra de la ley, que únicamente se limita a prever el comiso *aun cuando no se imponga pena a alguna persona*, hubiera sido mejor que dicha previsión autorizara su acuerdo *aun cuando no se impusiere «pena alguna» —o «pena a persona alguna»—*[168]*, por concurrir una causa de exención de la responsabilidad criminal.*

---

[166] Ya fuere porque son varios los autores o, siendo uno sólo, hubiere intervenido en la infracción —al menos— otra persona, fuere ésta considerada inductora o cooperadora, necesaria o no.

[167] O *preparación*, a partir de la entrada en vigor del texto reformado.

[168] En el mismo sentido, vid. PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal", ob. cit., edición digital: "*Si bien cabe deducir que la intención del legislador es solucionar el problema que se acaba de exponer, lo cierto es que la concreta redacción del precepto ofrece dudas fundamentadas sobre el auténtico alcance de esta reforma. Al afirmar que el comiso podría decretarse aun cuando no se imponga pena «a alguna persona», parece darse a entender que no existe una auténtica pérdida de vinculación entre comiso e imposición efectiva de una pena, sino que únicamente en aquellos casos en que exista una pluralidad de autores, o autor/es más partícipe/s, cabría aplicar el comiso aunque no todos los intervinientes en el delito resultasen*

Con relación ahora a esta última previsión[169], esto es, a la concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal, advierte AGUADO CORREA que el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica, sin necesidad, siquiera, de que sea antijurídica, pues la exención de responsabilidad puede tener lugar, además de por la presencia de causas de exclusión de la culpabilidad, por la concurrencia de alguna causa de justificación"[170].

A mi juicio, y a pesar de que, en efecto, literalmente el nuevo artículo 127 consiente que la exención de responsabilidad criminal proceda de la concurrencia de causas de justificación, debemos recordar que la letra de la ley sólo fija el marco externo[171] en el que debe discurrir su interpretación, sin que sea necesario que todo lo que textualmente cabe en dicho marco provoque, sin más, la actuación de la ley, la actuación de las consecuencias por ella previstas. De ahí que no estime insoslayable la conclusión alcanzada por AGUADO CORREA, en virtud de la cual

---

penados, pero verificándose siempre, al menos, la imposición de una condena a uno de ellos. Si el legislador quería excluir totalmente el requisito de imposición de pena como presupuesto de aplicación del comiso, debería decir que tal medida se decretará aunque no se imponga pena a persona alguna, esto es, a nadie, de forma que se pudiesen decomisar los bienes correspondientes en el caso de exención de pena o de extinción de responsabilidad criminal para todo el que ha intervenido en el acto delictivo. Esperemos que en la redacción definitiva, cuando el Proyecto se convierta en Derecho penal vigente, se haya corregido este error cuyas consecuencias, a la hora de la interpretación del precepto por los Tribunales, son sin duda significativas".
Si bien este último deseo no se ha visto cumplido, y *pese*, como he dicho, *a la redacción de la ley*, estimo que las dudas de la referida autora sobre el auténtico alcance de la reforma no están tan fundamentadas como su preocupación expresa. Son suficientes, tanto en número cuanto en entidad, los argumentos para sostener que incluso con la redacción definitivamente adoptada debe considerarse producida en este ámbito una importante modificación del régimen del comiso: *además de que su aceptación no contradice*, como decía, *la letra de la ley*, y de que de esta forma *la regulación del comiso se revela más acorde con su fundamento y función*, una exégesis en este sentido resulta obligada si atendemos, más allá (pero jamás en contra de ellas) de consideraciones meramente gramaticales, al espíritu y finalidad del precepto, entendiendo que éste es el criterio rector, y no un canon hermenéutico más, de toda interpretación. Entender cualquier otra cosa significaría negarle toda trascendencia a la reforma, mostrándose redundante la previsión legal, pues el efecto *aparentemente* sugerido ya estaba plenamente consolidado.

169 Y no a la que inmediatamente la antecede.

170 Vid. CORREA AGUADO, "La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal", ob. cit., p. 7.

171 Con todas las limitaciones que ello, si fuera posible, conlleva.

acordar el comiso tan solo requeriría la adecuación a tipo de una conducta, aunque se apreciare autorizada ésta por concurrir una causa de justificación[172].

En efecto, aunque quizá pueda entenderse, una vez más, desafortunada la previsión legal, y, por ello, estimarse indicada una nueva formulación, lo cierto es que cabe sostener, en mi opinión sin mayores dificultades, que la concurrencia de una causa de justificación impediría acordar el comiso, pues en tal caso la conducta no sólo no infringe la norma penal (como sucedería si, por ejemplo, se considerara atípica, lo cual, sin embargo, no implicaría necesariamente su conformidad a Derecho) sino que incluso resulta jurídicamente autorizada, ajustada, por tanto, a Derecho. La declaración de licitud de la conducta, de superior fuerza argumentativa a la mera declaración de su irrelevancia criminal, implicaría, por consiguiente, la imposibilidad de actuar cualquier consecuencia penal[173].

4.1.4. Función del comiso

La función del comiso entronca directamente con el fundamento que le es comúnmente asignado, esto es, la que hemos denominado *peligrosidad objetiva del bien*, la cual pretende combatir. Su función es, por consiguiente, *prevenir la comisión de delitos* a través de la adopción de medidas *expropiatorias* de bienes dirigidas a neutralizar el peligro que de ellos emana. En este sentido, puede afirmarse que se trata de una función preventivo-especial[174], que si bien no incide sobre personas concretas para evitar la ejecución, por su parte, de infracciones penales,

---

[172] Dicho de otro modo, la accesoriedad del comiso respecto del hecho descrito como delito en la ley podría adjetivarse como mínima.

[173] E incluso, en principio, cualquier otra consecuencia negativa.

[174] Que, sin embargo, "*no se corresponde con la clásica finalidad preventivo especial que establece la Constitución española en su artículo 25.2 para las penas privativas de libertad y para las medidas de seguridad bajo los términos de reeducación y reinserción social. Más bien, como ha puesto de manifiesto MAPELLI CAFFARENA, nos encontramos «ante una reformulación actualizada de la inocuización», ante el desarrollo de las teorías prevencionistas de orientación situacional, las cuales proponen como estrategia de lucha contra el delito la evitación de las situaciones de riesgo que ofrecen un mayor atractivo al autor, a través de técnicas tales como el control de facilitadotes u objetos que decisivamente se utilizan en la comisión de un delito*". Vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, ob. cit., p. 41.

sí se impone sobre bienes igualmente concretos para evitar su empleo, directo o indirecto, en la comisión de futuros delitos. Ello no obstante, cumple también, aun de forma secundaria, una función preventivo general, especialmente en el marco del comiso de ganancias, pues se lanza un importante mensaje con el que se pretende incidir en la principal de las motivaciones de la delincuencia organizada y empresarial: la titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito no será obstáculo para decretar el comiso de las ganancias originadas por el delito o falta.

Fundamentado el comiso, además, en el enriquecimiento injusto que se hubiera producido, su función radicará, también, en lógico acuerdo con este nuevo fundamento, en impedir dicho enriquecimiento ilícito.

4.2. Las medidas contra empresas y sociedades del artículo 129 CP

4.2.1. Consideraciones generales: su carácter novedoso

Entre las *consecuencias accesorias* del Título VI del Código Penal se encuentran las medidas contra empresas, sociedades, fundaciones y asociaciones reguladas en el artículo 129, cuyo contenido, estructurado en 3 números, es el siguiente:

"1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias[175]:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

---

[175] El encabezamiento de este primer número del artículo 129 ha sido reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en virtud de la cual dispondrá, una vez entre ésta en vigor, lo siguiente:
"1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo —reformado también por la mentada LO— *, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias".*

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".

Dichas medidas, a diferencia del comiso, que es una *nueva consecuencia penal porque ha visto transformada su naturaleza jurídica*[176], son, a pesar de que resulta frecuente afirmar lo contrario, una absoluta novedad del Código Penal de 1995. En efecto, cuando se subraya que con la introducción de este artículo al Código Penal no se incorporan a nuestro ordenamiento medidas extrañas a él, argumentando al respecto que muchas de ellas ya existían, aunque dispersas, a lo largo del articulado de la Parte Especial del Código Penal de 1973, por lo que *"en realidad el legislador penal de 1995, se ha limitado a reunirlas en un único precepto de la Parte General"*[177], se ignora la trascendencia, precisamente, de esta regulación unitaria, que, lejos de limitarse a agrupar un conjunto de consecuencias dispersas, de naturaleza indeterminada, y apenas estudiadas tanto doctrinal como jurisprudencialmente, las configura como *consecuencias accesorias*, dotándolas de autonomía conceptual —separadas, en principio, de penas, medidas de seguridad e, incluso, el comiso—, de un estatuto jurídico penal propio, y justificando su incorporación por necesidades preventivas, pues, como advierte el transcrito artículo 129.3, *estarán orientadas a prevenir la*

---

[176] No, por tanto, porque fuera desconocido como consecuencia del delito.

[177] Cfr. DEL ROSAL BLASCO/ PÉREZ VALERO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español", en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pp. 29 y 30; ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Pamplona 2003, pp. 69 y 70.

continuidad en la actividad delictiva y sus efectos. Dicho de otro modo, su aplicación, obedeciendo su existencia al fin referido, sólo procederá cuando se aprecie su necesidad como instrumento de prevención especial, cuando, por tanto, adoptar una de las medidas relacionadas en el artículo 129.1 sea realmente preciso para evitar la *continuación* de una actividad delictiva previa y de sus efectos. Explicitando su finalidad, estableciendo, por consiguiente, cual es su función, calificándolas como *consecuencias accesorias*, el legislador ha hecho mucho más que simplemente *reunirlas en un único precepto*.

DEL ROSAL BLASCO / PÉREZ VALERO, por el contrario, opinan, como veíamos, en este último sentido, afirmando, por ello, que quizás convenga relativizar la particular importancia que se le quiere otorgar al precepto y afirmar que la tipificación unitaria en el art. 129 de todas las consecuencias que se pueden imponer a entes colectivos y el incremento de su presencia en relación con lo que ésta se hacía sentir en el Código Penal derogado han servido para dar satisfacción a un viejo anhelo de la doctrina penal, que había venido exigiendo que se incorporasen a aquél toda una serie de medidas asegurativas frente a entidades colectivas, procedentes en su mayor parte del Derecho administrativo sancionador, "pretendiéndose con ello su «jurisdiccionalización»", esto es, someterlas a la autoridad de los jueces y apartarlas de la potestad, más ágil, pero menos garantista, de la Administración[178].

4.2.2. *Significación penal. Naturaleza jurídica de las medidas del artículo 129*

En un ordenamiento normativo —el único que queda, por otra parte— estrictamente *individualista* como es el Derecho Penal, la introducción de un conjunto de consecuencias imponibles fundamental, aunque no exclusivamente, a personas jurídicas, obliga a preguntarse

---

[178] *"Así legisladas, se supone que se van a poder someter más adecuadamente a los principios que informan el poder sancionador en un Estado de Derecho. En resumen, el art. 129 ha acelerado el lento proceso de la pérdida del carácter «administrativo» de toda una serie de sanciones, proceso que ya se había iniciado en la Parte Especial del Código Penal de 1973, pero que el Código penal de 1995 ha extendido a un mayor número de tipo delictivos concretos, además de incorporar en el art. 129 de su Parte General una regulación de carácter general"*. Cfr. DEL ROSAL BLASCO/ PÉREZ VALERO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español", ob. cit., p. 30.

cuál es el verdadero alcance de su previsión legal y, en concreto, si se ha producido una ampliación de los sujetos penalmente capaces, entre los que se hallarían, desde entonces, aquéllas.

Entender la trascendencia de este cambio no resulta difícil. Dado que el individuo ha sido —al menos en el Derecho Penal moderno— el único sujeto con capacidad criminal, es decir, para cometer delitos y sufrir la imposición de las penas asociadas a éstos, cometida una infracción en el curso de una actividad empresarial, el Derecho Penal, obligado a hallar a sus responsables entre las personas físicas vinculadas a dicha actividad, era incapaz de descubrir entre los partícipes en ésta a la empresa —o empresario social—: *mirara donde mirara, sólo veía —si las veía— personas físicas*. Era esclavo, en este sentido, del paradigma individualista imperante en la única rama del ordenamiento jurídico que negaba a la persona jurídica su plena condición de sujeto del Derecho, capaz, en su caso, de soportar el reproche normativo por la infracción de sus normas, pero también de beneficiarse de las garantías características del Derecho Penal.

La ceguera del Derecho Penal, incapaz de observar el comportamiento de las personas jurídicas como consecuencia de su exclusiva atención a la conducta individual, impedía, como regla, por muy indicada que ésta resultara, toda actuación contra aquéllas, limitando así de forma sensible su eficacia en la lucha contra el crimen y, por tanto, su función de tutela de bienes jurídicos. Orientada toda la intervención penal a la determinación de los responsables individuales del acto criminal, la empresa podía seguir realizando normalmente sus actividades, favoreciendo, en su caso, la continuidad de la actividad delictiva. El principio «societas delinquere non potest» y, en general, la absoluta desvinculación de la infracción penal y de sus consecuencias de las personas jurídicas no podía ser interpretada sino como una sensible carencia del ordenamiento penal y, desde la perspectiva societaria, como un importante factor de «ocultamiento» o «distracción» de sus ilícitas actividades.

A ello se unían, en segundo término, las dificultades para responsabilizar a quienes aparecen como los auténticos dominadores del hecho —lo cual provoca, primero, un desplazamiento o traslado de la imputación personal hacia los ejecutores o miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización[179] *y, segundo, y como*

[179] *"Toda vez que sólo ellos realizan por sí mismos materialmente la conducta típica descrita por la ley"*. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, Valencia 1998, p. 197.

consecuencia de ello, una nueva incidencia negativa para el fin preventivo del Derecho Penal[180]*—e, incluso, a otros miembros menos relevantes de la organización, cuyo eventual «sacrificio», por ser fácilmente sustituibles, era un mal de carácter menor*[181].

En fin, la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas y los problemas para establecer responsabilidades penales individuales con los esquemas tradicionales de imputación del Derecho Penal cuando los hechos acontecen en procesos colectivos —pues la conducta individual se pierde o diluye en ellos—, provocan significativos déficits preventivos en el marco de la criminalidad de empresa, con la paradoja, pese a todo, de que lo que en un principio debería suponer una ventaja para la actividad empresarial ilícita, puede constituir, al mismo tiempo, una desventaja para el empresario: inaplicable el Derecho Penal, es el Administrativo —u otras disciplinas no penales— el que se ocupa de prevenir los ilícitos colectivos y, en su caso, de reaccionar contra ellos, lo cual tendrá lugar en el marco de un procedimiento mucho menos garantista, pero con consecuencias económicas frecuentemente más gravosas, que el reglamentado, sustantiva y procesalmente, por el Derecho Penal. Con otras palabras, el reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas puede ser reclamado apelando tanto a la necesidad de corregir deficiencias preventivas cuanto a la de procurar un sistema de garantías a quienes protagonizan el tráfico económico, cuya condición de sujetos del Derecho sólo es negada por el Derecho Penal.

4.2.2.1. El artículo 129 como sistema de penas para personas jurídicas

Aceptar que el artículo 129 ha supuesto la derogación del principio *societas delinquere non potest* y que, por consiguiente, el Derecho Penal ya podrá observar el comportamiento de la empresa, someterlo, en su caso, a sus juicios e, incluso, imponerle una sanción penal[182], sólo requiere considerar que en realidad, bajo la denominación de *consecuen-*

---

[180] En este sentido, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 20.

[181] Cfr., aludiendo a la fungibilidad de los miembros inferiores de la organización, SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP* 1988, p. 533.

[182] Lo cual no tendría porque significar la exclusión de responsabilidades criminales de orden individual.

cias accesorias, el legislador ha introducido una relación de *penas*, las propias, y ahí radicaría su carácter novedoso, de las personas jurídicas. Esta es la posición, entre otros, de ZUGALDÍA ESPINAR y BACIGALUPO SAGGESE[183].

Próxima a la concepción de estos autores se sitúa la defendida por ZUÑIGA RODRÍGUEZ. En su opinión, dado que "no se pueden explicar satisfactoriamente desde el punto de vista de la construcción dogmática, porque no se les puede catalogar como penas ni medidas de seguridad", y dado su contenido material," sólo se pueden entender como sanciones penales aplicables independientemente de la responsabilidad personal"[184]. *Coincidiendo materialmente coinciden con el concepto de pena*[185], *sostener otra cosa "sólo puede dar lugar a un «fraude de etiquetas» y a una distorsión en los criterios de aplicación, con claro desmedro de las garantías que deben presidir la imposición de cualquier sanción penal, máxime cuando alguna de ellas son de extraordinaria gravedad, como lo es la disolución de una persona jurídica"*[186].

Según el primero, *"y por exclusión"*, las consecuencias accesorias del artículo 129 deben merecer la consideración de *sanciones penales* y, entre éstas, la de *penas*, ofreciendo, al respecto los siguientes argumentos[187]:

1.– No son instrumentos de reparación civil porque no tienden a reequilibrar desajustes patrimoniales ni tienen, como el Título V del Libro I —*De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales*—, carácter de Ley Ordinaria, sino, como es propio del Derecho Penal, de Ley Orgánica.

---

183 Cfr. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona 1998, pp. 278 y ss.

184 Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona 2003, p. 213.

185 *"Si contemplamos las características fundamentales de estas consecuencias, es decir, si realizamos un proceso de abstracción para establecer su conceptualización, observamos que se trata de privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial"*. Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., p. 216.

186 Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., p. 213.

187 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, **"La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español, ob. cit., pp. 895 y 896.**

2.– No pueden considerarse *sanciones administrativas* porque, a pesar de que su aplicación por órganos jurisdiccionales penales no es un dato determinante de su naturaleza, no "*dejarían de ser unas «extrañas» sanciones administrativas aquellas que están previstas en el Código «Penal», impuestas por el Juez «Penal», como consecuencia de una infracción «penal», en curso de un proceso «penal» y orientadas a los fines de la «pena» (art. 129.3 CP)*".

3.– Tampoco pueden merecer la aséptica calificación de *consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas* desprovistas de la naturaleza de sanción "*porque de ser así no tendrían por qué estar sometidas a las garantías constitucionales exigidas por el Derecho sancionador*".

4.– No constituyen sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica porque no es correcto considerar a ésta un objeto ya que tiene su propia personalidad y, en segundo lugar, porque "*de seguirse la tesis instrumental, la consecuencia accesoria debería afectar sólo a la persona física con sanciones profesionales (v.gr.: inhabilitación) pero en ningún caso —como ocurre con el comiso— a terceros (y la persona jurídica es un tercero que responde según su propia culpabilidad)*".

5.– Son penas y no medidas de seguridad porque su presupuesto y límite es el principio de culpabilidad "*ya que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (ya que las personas jurídicas tienen capacidad infractora de las normas) y «su propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad»*.

4.2.2.2. Las medidas contra empresas y sociedades como consecuencias penales autónomas

A mi juicio, aún admitiendo, con la doctrina mayoritaria, su condición de *consecuencias penales*, debe rechazarse que sean, como opina ZUGALDÍA ESPINAR, "*auténticas penas*"[188] —y, por razones similares, *medidas de seguridad*— lo cual obligará a considerarlas, junto con el comiso, una *tercera vía* o *sanción penal*. En este sentido, afirma TAMARIT SUMALLA que no resulta sostenible pretender que una decisión políti-

[188] Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español", *ob. cit.*, p. 895.

co-criminal de tanta trascendencia como la de atribuir capacidad penal a las personas jurídicas la haya podido adoptar el legislador de modo tácito o, "*lo que es peor, que la pueda adoptar la doctrina forzando el sentido del texto de la ley e invirtiendo por puro voluntarismo la postura legal y jurisprudencial hasta el momento comúnmente asumida*[189]". Y es que, como destaca también este último autor, no hay dato alguno del que pueda deducirse que el Código Penal de 1995 ha derogado el principio *societas delinquere non potest* y reconocido la capacidad criminal de las personas jurídicas.

Además de las razones que, a este respecto, aduce TAMARIT SUMALLA, que subraya, por una parte, que las normas del Título II del Libro I del Código Penal, relativas a *las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas*, no las incluyen, y, por otra, que las medidas del artículo 129 son denominadas por el legislador *consecuencias accesorias* y ubicadas separadamente de las penas[190], debe tenerse presente, como indica DANNECKER, que las sanciones contra entidades colectivas no pueden ser equiparadas a las clásicas penas criminales, imponibles sólo a individuos en la medida en que se presupone su libertad de obrar[191], resultando por ello la propia denominación de pena[192], según observa SILVA SÁNCHEZ, inconveniente[193].

Con otras palabras, el sistema penal español actual, heredero de una larga evolución iniciada con la codificación y desarrollada, desde la perspectiva del sujeto, sin soluciones de continuidad[194], se configura

---

189 Cfr. TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona 2001, p. 1162.

190 Cfr. TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", ob. cit., p. 1162.

191 Cfr. DANNECKER, "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts", en *GA* 2001, p. 108.

192 Al menos desde una perspectiva actual.

193 Cfr. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal", en *Derecho Penal económico, CGPJ*, Madrid 2002, p. 343.

194 Anuncia una fractura en dicha evolución y un nuevo modelo de sujeto y de sociedad, a partir de la obra de Luhmann, BACIGALUPO SAGGESE (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., pp. 359 y ss.), en cuya opinión "*estamos*

como un sistema de imputación individual cuyo punto de partida, y también de *llegada*, es la persona física: sólo desde la identificación del sujeto del Derecho Penal con la persona individual cobra sentido aquella evolución y, consecuentemente, la elaboración doctrinal del Derecho y su obra máxima, la dogmática penal, destacada como aquello que de *permanente* tiene, por encima de los cambios legislativos puntuales, el Derecho Penal[195]. Dicha dogmática, constituida a la vez en *«método» para el estudio del Derecho positivo y «archivo» de conceptos ya elaborados*[196] *y aptos para la comprensión de cualquier cuerpo legal*[197], y

---

entrando muy probablemente en un paradigma en el que el punto de partida lo constituye antes la idea de sociedad, que la de individuo" (ob. ult. cit., p. 354).

195 Con motivo de la aprobación del actual Código Penal indicó QUINTERO OLIVARES que *algunos sentían angustiados una especie de orfandad* que, de resultar cierta, habría supuesto dar la razón a VON KIRCHMANN en su vieja y mordaz acusación a la ciencia jurídica, "*que para él era un castillo de naipes que se derrumbaba con una sola línea del legislador, suficiente para transformar bibliotecas enteras en simple maculatura*". No obstante hacerse famoso por la frase, "*Kirchmann ni era un gran jurista ni tenía razón*", pues la fuerza del pensamiento jurídico, en elaboración continuada desde Roma, "*integra lo que en abstracto llamamos cultura jurídica y, en concreto, cultura jurídico-penal adecuada al Estado social y democrático de derecho*". Estimar, por ello, que "*Feuerbach, Ihering, Carrara, Ferri, Liszt, Garraud, Silvela, Dorado, Asúa, Antón, Mezger, Bettiol y tantos otros solamente fueron glosadores de leyes perecederas y no dejaron una aportación relevante al pensamiento social y humanista es algo que sólo puede decirlo quien desconozca a esos escritores y la historia de las leyes penales en Europa*". Existe, en suma, "*un acervo intelectual y técnico trabajosamente construido para la comprensión e interpretación de los sistemas penales, y eso el legislador puede ofenderlo... pero no puede difuminarlo cual si se tratara de una entelequia transitoria alumbrada por intelectuales... Así planteado el problema, es evidente que la supuesta cancelación de todo lo dicho o escrito cuando estaba en vigor el código anterior no es más que una exageración, cuando no una prueba grave de ignorancia. Partiendo del pensamiento dogmático, con las correcciones que el mismo ha experimentado por razones político-criminales, se dispone de una base razonablemente sólida para desde ella construir una explicación crítica y coherente del nuevo CP*". Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español", *AJA* n.º 249, año 6, 6 de junio de 1996, pp. 2 y 3.

196 "*Con la ayuda de los principios constitucionales y del Estado de Derecho*". Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español", ob. cit., p. 2.

197 "*Cuestiones como, por ejemplo, la estructura objetiva y subjetiva de la infracción penal, la diferencia entre fundamento y fin de la pena y la medida de seguridad, el desvalor de acción y el de resultado, la accesoriedad de la participación, las funciones interpretativas del bien jurídico y la antijuridicidad, la unidad y la pluralidad de las acciones en relación con el concurso de delitos, tienen ya una propia elaboración*

alumbrada desde un *naturalismo* que, habiendo dominado en nuestra disciplina desde sus inicios, aún hoy se manifiesta con especial intensidad en el ámbito del *sujeto del Derecho Penal*, nos ofrece como una de aquellas ideas o conceptos *permanentes* la mentada identificación de dicho *sujeto* con la *persona física* o, con otras palabras, el exclusivo protagonismo de ésta como *sujeto penalmente capaz*[198].

Con razón señala QUINTERO OLIVARES[199] que el Derecho Penal ideológica y técnicamente se ha construido sin abandonar jamás ciertas notas esenciales que en lo que aquí interesa pueden resumirse en una misma idea: *la persona individualizada es la única referencia que hace comprensibles los conceptos usados en la teoría jurídica del delito*. Y es que, efectivamente, "*no sólo la imputabilidad, la culpabilidad o la pena, instituciones netamente individuales, sino problemas tan centrales como los del dolo o la imprudencia, el conocimiento del derecho, el concurso de delitos, y prácticamente todos los conceptos que utilizamos en la ciencia jurídico-penal, sólo son concebibles en referencia a una persona*[200].

Ya SILVELA, al plantearse si las personas colectivas o sociales podían cometer delitos[201], *y tras advertir que en esta materia "es preciso convenir*

---

que en muy amplia medida ha sido seguida por el legislador de 1995". Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español", ob. cit., p. 2.

198 Dicho de otro modo, "*la teoría del delito ha sido hasta ahora una teoría de la conducta individual, siquiera sea admitiendo la posibilidad de la conexión de varias conductas individuales. En todo caso, no ha sido una teoría del comportamiento organizado*". Cfr. MIR PUIG/LUZÓN PEÑA, Presentación de *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coords. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña, Barcelona 1996, p. 13.

199 Cfr. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, eds. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo, Universidad de Huelva 1999, p. 177.

200 "*Es imposible hablar de todos esos conceptos en relación con grupos de personas en los que la génesis de las decisiones que criminológicamente designaremos como «paso al acto» son fruto de una confluencia de voluntades de diferente signo, capacidad intelectual y poder personal sobre la decisión... Las clásicas explicaciones sobre la autoría y la complicidad, la inducción o la autoría mediata, la tesis del dominio del hecho como modo de fundamentar la responsabilidad criminal, saltan en pedazos cuando se intentan aplicar en el campo de la llamada «criminalidad organizada»*". Cfr. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", ob. cit., p. 177.

201 Cfr. SILVELA, *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Primera Parte. El Derecho Penal estudiado en principios*, Madrid 1884,

en que no existe en el Código precepto alguno terminante que pueda servir para resolver la duda"[202], *subrayó que todos y cada uno de sus artículos parecían, sin embargo, escritos "partiendo de la base y del principio de que únicamente el individuo es el sujeto posible del crimen*"[203/204].

Cabe afirmar, en conclusión, que los sucesivos legisladores penales parecen haber aceptado que la persona física es la única que posee capacidad criminal y puede, por ello, responder por la comisión de ilícitos penales, pues sólo a partir de ella adquieren sentido y devienen comprensibles cuantos conceptos integran las teorías del delito y de sus consecuencias jurídicas tradicionales, esto es, la pena y las medidas de seguridad, habiendo sido preciso arbitrar nuevas consecuencias para extender la intervención criminal y alcanzar, sin necesidad de reformular la citada teoría del delito y como respuesta a una necesidad político-criminal reiteradamente denunciada por la doctrina en este sentido, a las personas jurídicas, ofreciendo una solución que presenta, sin embargo, tintes de *provisionalidad o interinidad*, a la espera de una significativa transformación que imprima una nueva y decidida orientación *dual subjetiva* al Derecho Penal[205], capaz de desdoblar su actuación y dirigirse, con fines preventivo-criminales y en el marco de un sistema de garantías, indistintamente contra persona físicas o individuales y contra personas jurídicas o sociales.

---

pp. 202 y 203; *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Segunda Parte. Elementos de Derecho Penal español*, Madrid 1879, pp. 238-240 y 374.

202 Cfr. SILVELA, *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Segunda Parte. Elementos de Derecho Penal español* —1879—, ob. cit., p. 238.

203 "*Mas, esto, que se revela por accidentes repetidos pero tal vez insignificantes, no resulta con tal claridad que la duda no sea legítima y posible*". Cfr. SILVELA, *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Segunda Parte. Elementos de Derecho Penal español* —1879—, ob. cit., p. 238.

204 En el mismo sentido, recogiendo esta idea, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* —2002—, ob. cit., p. 173; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. I. Parte General*, Madrid 1986, p. 156; RUIZ VADILLO, "Algunas ideas sobre la culpabilidad en la PANCP", en *Documentación Jurídica*, n.º 37/4, 1983, p. 132.

205 Dicho de otro modo, da la sensación de que el legislador era consciente, por una parte, de las exigencias de combatir el crimen actuando directamente contra las empresas y personas jurídicas, pero también de sus limitadas capacidades para afrontar una tarea para la que, sin duda, no estaba preparado, pues precisa una sosegada reflexión doctrinal que trace sus principales líneas.

Vigente el principio "societas delinquere non potest", las medidas del artículo 129 no pueden constituir, tampoco, medidas de seguridad personales, dirigidas a combatir la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponen, por lo que debe asumirse, como adelantaba, que incorporan una nueva dimensión a la lucha contra el crimen, configurándose, junto con el comiso, como una tercera vía penal.

4.2.3. Fundamento, función y presupuestos

El análisis del fundamento, función y presupuestos de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 confirma su naturaleza penal y, en particular, la necesidad de diferenciarlas tanto de las penas como de las medidas de seguridad tradicionales. Decisivo resulta, a estos efectos, lo dispuesto en el mentado artículo 129.3, en el que se establece, como vimos anteriormente, cual es su función: *prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos*. Este dato es considerado esencial por la doctrina para defender la condición *penal* de las citadas consecuencias accesorias, destacándolo especialmente OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO[206], según el cual, *"cualquiera que sea la opinión que se sostenga sobre este asunto, lo que no se puede, a mi juicio, es prescindir al emitirla de los datos que proporcional (y a los que obliga) la ley"*. Partiendo de dicha premisa, *"no creo... que pueda rechazarse que las consecuencias accesorias de que se ocupa el artículo 129 poseen carácter penal"*, resultando determinante el hecho de que este precepto fije *"los fines a que necesariamente han de orientarse"*.

Fundamento, por tanto, de la imposición de las medidas contra empresas y sociedades, rechazada su consideración como sujetos penalmente capaces, no puede ser la culpabilidad o realización responsable de un ilícito penal, sino su *peligrosidad criminal*, entendida ésta, no obstante, en sentido objetivo, esto es, en cuanto organización o estructura favorecedora de la comisión de delitos o, más exactamente, instrumentalizada en orden a esta última actividad[207].

---

[206] Cfr. "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal", en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2003, p. 1129.

[207] Vid., en este sentido, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español", ob. cit., p. 36.

Aunque esta tesis es criticada, según vimos, por ZUGALDÍA ESPINAR, que estimaba que no es correcto considerar a la persona jurídica un objeto, pues" tiene su propia personalidad"[208], *lo cierto es que dicha tesis es coherente con el punto de partida del Derecho Penal, que sólo reconoce la capacidad de actuar en sentido criminal a las personas físicas, lo que obliga a otorgar a la persona jurídica una condición necesariamente distinta: pese a que no puede "actuar", sí puede ser instrumentalizada penalmente. Esta circunstancia no constituye, por otra parte, un hecho excepcional en nuestra disciplina, pues es comúnmente admitido que también las personas físicas pueden ser instrumentalizadas para cometer crímenes. Lo importante, por ello, no será ya rechazar la posibilidad de que la persona jurídica pueda constituir un "objeto" peligroso, sino admitir la necesidad, aceptado esto último, de tratarlas, en lo sucesivo, como sujeto del Derecho y de derechos, sometiendo la intervención punitiva contra ellas a un conjunto de garantías propias del Derecho Penal. No debe olvidarse, a este respecto, que incluso las personas físicas son consideradas, en cierto modo, "instrumentos" delictivos —no necesariamente en manos de terceros— cuando se les impone una medida de seguridad por no presentar garantías cognitivas o volitivas que aseguren el control de su conducta, una vez revelada ya, mediante una primera infracción, su peligrosidad criminal, lo cual, por supuesto, no impide reconocerles un estatuto jurídico acorde con su condición de personas.*

Presupuestos de las medidas del artículo 129, acordes con su pertenencia al Derecho Penal y con el fundamento y fines comentados, son, en primer lugar, la declaración de que se ha cometido una infracción criminal —no necesariamente de modo culpable[209]— en la que la empresa o sociedad ha *participado* instrumentalmente, favoreciendo, en tanto estructura u organización, su comisión[210], y, en segundo

---

208 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)", ob. cit., p. 895.

209 En opinión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ("Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal", ob. cit., p. 1131), las medidas del artículo 129, al igual que el comiso, son *consecuencias accesorias de la pena*, que requieren, por tanto, como aquél, la previa realización de un delito en sentido completo, "*sin que sea suficiente, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las medidas de seguridad, la realización de un delito en sentido restringido (conducta antijurídica aunque inatribuible)*".

210 En este sentido, también, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 143.

término, la emisión de un *veredicto* de peligrosidad criminal objetiva de la empresa o sociedad como resultado de un juicio en el que se estime que aquélla no se agotó en el delito cometido, por lo que existe el riesgo de que la actividad delictiva en la que *participó* continúe, favorecida, precisamente, por una también continuada instrumentalización de dicha empresa o sociedad[211].

En fin, como sucedía con las otras consecuencias penales, incluido el comiso, también las medidas del artículo 129 toman la infracción penal, el delito en sentido amplio, como referencia para su aplicación, constituyendo su comisión un presupuesto de ésta, y su prevención, la función a la que han de servir. Dicha prevención, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129.3, puede adjetivarse como *especial*, pues el fin perseguido es evitar la continuidad de la actividad delictiva, si bien no puede ignorarse que la previsión de que la intervención penal puede alcanzar ahora también a las empresas o sociedades producirá igualmente un efecto preventivo general.

4.3. Conclusiones

El comiso y las medidas contra empresas y sociedades del artículo 129 integran una tercera vía penal o respuesta al delito, orientándose ambas, pese a poseer cierta capacidad de prevención general, en sentido preventivo especial. Conformándose como una nueva consecuencia penal, se diferencian tanto de penas como de medidas de seguridad, si bien tienen con éstas una mayor proximidad: son, como ellas, *medidas de seguridad*, si bien de naturaleza *objetiva o real*, pues actúan sobre un *objeto o instrumento criminal* que no fuere una persona física, único sujeto —de *lege lata*— con capacidad para cometer crímenes y merecer una pena. La peligrosidad criminal subjetiva que fundamenta las medidas clásicas es sustituida por la peligrosidad criminal objetiva de bienes, sociedades o empresas, requiriendo su imposición, en todo caso,

---

[211] Cabe afirmar, por ello, con DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO ("Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español", ob. cit., p. 36), que la comisión de un hecho delictivo es una *condición necesaria*, pero *no suficiente*, para aplicar una de las medidas del artículo 129, pues *"lo único que justifica su imposición es el estado de peligrosidad del ente y el pronóstico de que del mismo se derive probablemente la comisión de futuros hechos delictivos análogos o similares a los ya acaecidos"*.

la infracción de una norma penal, acompañada, si se trata del comiso, de la declaración de culpabilidad del sujeto infractor y de la apreciación de que su conducta es punible, con la consiguiente imposición de una pena. Ausente dicha exigencia en el artículo 129 (que omite toda referencia a los presupuestos necesarios para la actuación de las consecuencias en él relacionadas), el fundamento y función de las medidas contra empresas y sociedades aconsejan no incorporar la culpabilidad como requisito para su aplicación y, sí, por el contrario, un juicio de peligrosidad criminal objetiva que evidencie tal peligrosidad y la necesidad de aplicar una medida capaz de neutralizarla y prevenir nuevos crímenes. Dicho juicio, en cambio, no parece posible considerarlo un requisito para decretar el comiso dado el carácter imperativo con el que se expresa, al respecto, la ley y, en concreto, el artículo 127, que establece que toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo el comiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, de sus efectos y de las ganancias que de él provinieren.

Las diferencias entre comiso y medidas del 129, consecuencias preventivo especiales fundamentadas en la peligrosidad criminal instrumental de bienes u organizaciones jurídicas, desaparecerán parcialmente con la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dado que el presupuesto común de ambas será, desde entonces, la realización antijurídica de un tipo penal, sin necesidad de que se declare, además, su comisión culpable. Al margen de ello, el comiso seguirá siendo (salvo aplicación del artículo 128) una consecuencia de imposición necesaria y con proyección general, pues acompañará a toda pena que se impusiere por delito o falta doloso, mientras las medidas del artículo 129, cuya procedencia deberá ser valorada en cada caso, sólo podrán imponerse de forma excepcional, en los supuestos (cuyo número será mayor una vez entre en vigor la referida LO 15/2003) en que expresamente estuviera ello previsto.

5. *La responsabilidad civil «ex delicto»*

5.1. Naturaleza jurídica

Pese a que algunos autores han defendido históricamente su condición de consecuencia penal del delito, alegando a su favor que los preceptos que la regulan se hallan ubicados en el Código Penal y exigen la comisión de un delito o falta para declararla, la responsabilidad civil *ex delicto* es considerada, casi unánimemente, según reza su propia

denominación, una consecuencia civil asociada, ciertamente, a la infracción de una norma penal, nacida, sin embargo, del *daño o perjuicio* que se hubiere causado mediante su comisión[212].

En efecto, cualquier daño o perjuicio que se causare ilícitamente originará el nacimiento de la obligación de repararlo, con independencia de que el ilícito causante tenga, o no, naturaleza penal[213], con la particularidad, si fuere así, de que en tal caso serán aplicables las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal.

*Dicho de otra forma, el Título V (*De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, y de las costas procesales*) del Libro Primero del Código Penal establece un régimen especial de responsabilidad civil, aplicable cuando el daño se hubiere causado mediante un hecho descrito como delito o falta, que desplaza el régimen general previsto en el Código Civil, de aplicación, no obstante, supletoria.*

Resulta, así, que "*el delito no es propiamente una fuente de responsabilidad civil*"[214], pese al equívoco que, al respecto, genera el tenor literal del artículo 1902 del Código Civil al referirse a las obligaciones civiles que *nazcan de los delitos o faltas*, circunstancia, ésta, que, como señala MONTÉS PENADÉS, no es exacta, "*entre otras razones porque a veces nacen y a veces no*", pero sobre todo, porque, según veíamos, *cuando dicho nacimiento tiene lugar*, procede "*del daño y no del delito (o falta)*"[215].

---

[212] Vid. artículos 109.1 y 116.1 del Código Penal.
Art. 109.1.– *La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.*
Art. 116.1.– *Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.*

[213] En este sentido, por ejemplo, COBACHO GÓMEZ, *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo Del Rosal, Tomo IV, artículos 95 a 137, Edersa, Madrid 2000, pp. 159 y 160: "*El daño causado obliga a repararlo tanto si se causa mediante un delito o falta como a través de una conducta no delictiva*" o, con otras palabras, la obligación de reparar civilmente "*puede obedecer no sólo a un hecho concreto tipificado como delito o falta, sino también a cualquier violación de la norma general que impone a todo miembro de la comunidad la obligación de no dañar a otros*".

[214] Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid 1996, p. 30.

[215] Cfr. MONTÉS PENADÉS, *Comentarios al Código Penal de 1995* —1996—, vol. I, coord. Tomás S. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 572.

"Así como el delito no es delito porque se produzca un daño resarcible, el delito no es fuente de la obligación reparatoria por ser delito. Consiguientemente, actúese la pretensión civil en el mismo juicio o independientemente en el proceso civil, el efecto penal no es causa de la condena civil", si bien la causa de ésta "es parcialmente la misma de la pena; esto es, el mismo hecho", que, eso sí, puede contemplarse desde diversas perspectivas y constituir, desde una, un delito, y, desde otra, un ilícito civil[216].

En suma, *ni toda responsabilidad civil presupone la comisión de un delito o falta*, pues dicha responsabilidad existirá, producido un daño, con independencia de que el ilícito mediante el que se causó aquél tenga naturaleza penal, circunstancia, ésta, que únicamente condicionará la normativa civil aplicable, *ni toda comisión de un delito o falta lleva consigo el nacimiento de responsabilidad civil*, lo cual dependerá, como hemos visto, de que dicho delito o falta, además de lesionar o poner en peligro el bien jurídico en cada caso tutelado, haya generado daños o perjuicios civilmente reparables.

La existencia de este régimen *penal* de la responsabilidad civil, aplicable incluso si el perjudicado hiciera reserva de acciones civiles para un proceso de esta naturaleza, se explica por razones históricas. Como indican MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, el Código Civil fue el último en promulgarse, en 1989, dentro del proceso codificador español, de modo que los primeros códigos penales se vieron obligados a incluir la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito, "*por inexistencia de Código civil que la regulara*", remitiéndose éste, una vez promulgado, al Código Penal[217]. La opción seguida por los primeros legisladores penales se estimó especialmente indicada ante la constancia de que la cuestión foral iba a retrasar considerablemente (como así sucedió) la promulgación de un Código Penal, resultando más cómodo introducir preceptos de Derecho Civil en el Código Penal para "*tapar agujeros mientras los hubiere*": "*de lo contrario, el juez penal se habría visto obligado a pronunciarse respecto del aspecto civil de las condenas con el único Derecho civil vigente de que disponía, que, en definitiva, no era otro que el de Las Partidas*"[218].

---

[216] Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. I, Barcelona 1951, p. 639.

[217] Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 615.

[218] Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 32.

5.2. Función

La función de penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias es, como hemos visto, la tutela de bienes jurídicos a través de la prevención del crimen, objetivo, éste, que *olvida* a la víctima, a la que sólo se tiene en cuenta desde una perspectiva de *futuro*, en la medida en que, previniendo la comisión de delitos o faltas, se pretende evitar que existan *nuevas víctimas*. Aunque ésta es una función de indudable importancia, precisamente la que legítima la intervención penal, lo cierto es que ninguna de aquellas consecuencias se ocupa, propiamente, de la víctima, al menos de la *víctima actual* de un delito o falta.

Por el contrario, la responsabilidad civil se *olvida* del delito y se ocupa de la víctima y, en general, de los perjudicados por el delito. Es, por ello, la única consecuencia jurídica del delito sin perfil preventivo: su fin es reparar o indemnizar los daños causados mediante aquél.

Con otras palabras, en la responsabilidad civil "es donde el derecho penal se abre plenamente al interés de la persona física o jurídica perjudicada por el delito, dejando de lado el interés en la prevención general, en la prevención especial o en la retribución. Esa parte de la reacción o de la consecuencia jurídica del delito no es tanto la respuesta a la ofensa al bien jurídico cuanto la necesidad de compensar a su titular por el daño o perjuicio sufrido". Las normas sobre responsabilidad civil del Código Penal "se han interpretado siempre, por esa razón, desde esa óptica del interés privado" [219].

Ignorar la condición o naturaleza de la responsabilidad civil encierra el peligro de someterla a los principios penales, ideados para encauzar el ejercicio de una potestad, la punitiva, mediante la cual se pretende reducir la presencia del crimen en la sociedad. Ocupándose fundamental, y aún exclusivamente, de la lucha contra el delito, de su *prevención,* el Derecho Penal apenas ha prestado atención a la víctima, lo cual ha impulsado un importante movimiento para *recuperar para el Derecho Penal* a uno de sus grandes protagonistas. Pero, como decía, existe el peligro, si ignoramos su específica orientación, de integrarla en un sistema cuyos principios, por garantistas, son excesivamente rígidos en relación con los que informan, con carácter general, toda responsabili-

---

[219] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil ex delicto*, VVAA, Aranzadi, Pamplona 2002, p. 20.

dad civil. Por ello, su integración dentro del sistema de consecuencias penales del delito, si se produce, deberá compatibilizarse con la satisfacción de los intereses de la víctima, que no debieran verse afectados, al menos negativamente, por la mencionada integración.

Declarar la existencia de un ilícito civil resulta mucho más sencillo que considerar cometido un ilícito penal. Así, aquel puede producirse tanto infringiendo, por ejemplo, una norma contractual específica como atentando contra el principio de prohibición de causar a otro daños no autorizados legalmente, en cuyo caso sería aplicable el régimen de responsabilidad contractual del Código Civil (artículos 1902 y siguientes). Aunque éste exige la concurrencia de dolo o culpa, lo cierto es que esta segunda ha sido objetivizada por la jurisprudencia, especialmente en determinados ámbitos de la actividad social (por ejemplo, en la actividad empresarial y, en general, en toda actividad peligrosa). En la esfera civil no son, en fin, como advierte ROIG TORRES, preordenados criterios objetivos los que determinan el nacimiento de la obligación, sino más bien razones de equidad[220].

5.3. El Derecho Penal como instrumento de política civil

A pesar de que la satisfacción de la responsabilidad civil produce ciertos *efectos penales*, incidiendo, por ejemplo, en la determinación de la pena o, si ésta fuere privativa de libertad, en su sustitución y suspensión, la reparación civil del daño no cumple, a pesar de lo que afirma QUINTERO OLIVARES[221], una función *genuinamente penal*, esto es, según vimos en el primer punto de este trabajo, la prevención de delitos o faltas como medio de tutela de bienes jurídicos. La responsabilidad civil es una responsabilidad *ex damno*, orientada exclusivamente a la reparación de éste, siendo las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias los instrumentos utilizados por el Derecho Penal para prevenir la criminalidad.

El hecho de que la mentada satisfacción de responsabilidades civiles tenga asociados efectos positivos en el orden penal no debe interpretarse, por tanto, como el *cumplimiento de funciones penales*, pues en realidad

---

[220] Cfr. ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 107.

[221] Cfr. QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil "ex delicto*, ob. cit., pp. 26 y 27.

es el Derecho Penal el que es empleado para favorecer la satisfacción de responsabilidades civiles, el que, por consiguiente, se pone al servicio de una *función genuinamente civil: la reparación del daño*. Con otras palabras, no es la responsabilidad civil la que constituye un instrumento de política criminal, sino la responsabilidad penal la que cabe definir como un instrumento de política civil.

En efecto, con la atribución de efectos penales positivos al cumplimiento de la obligación civil de reparar el daño causado, el Derecho Penal fomenta la satisfacción de las responsabilidades civiles que hubieren nacido como consecuencia de la producción de daños causados mediante conductas tipificadas como delito o falta, favoreciendo, así, a la víctima del delito. La orientación del Derecho Penal a la víctima y, en general, a los perjudicados por el delito, puede advertirse también, por ejemplo, en que el producto de la venta de los bienes decomisados que fueran de lícito comercio se aplica precisamente a cubrir las responsabilidades civiles del penado, es decir, a reparar los daños causados[222].

5.4. La transformación de la responsabilidad civil: la reparación como consecuencia penal del delito

Introducidas las reflexiones anteriores, cabe preguntarse si sería posible incluir, como sugieren importantes sectores doctrinales de diversos países, la responsabilidad civil entre las consecuencias penales del delito, complementando o sustituyendo, en su caso, a las penas, medidas o consecuencias accesorias.

Parte de la doctrina, apartándose de la opinión de quienes consideran que la responsabilidad civil debe incidir sólo limitadamente en las consecuencias penales, resultando adecuado el modelo actual seguido por el Código Penal español, en el que aquélla no pierde su carácter civil, estima que sí debe producirse la mentada *integración* en el sistema penal, ya sea configurándose como una *«tercera vía»*, junto a las penas y medidas de seguridad, ya sea transformándose en una *pena*. En cualquiera de estos dos casos, la *responsabilidad civil* dejaría de comportarse como una consecuencia no penal *del* delito, constituyendo, ahora

[222] Dicha aplicación a cubrir las responsabilidades civiles del penado no debe implicar que éste quede liberado, por lo que si con el producto de la venta referida se reparase íntegramente el daño causado, debería conservarse el derecho de repetir contra él.

sí, un instrumento de política criminal o, más exactamente, un instrumento penal más, como las penas y las medidas de seguridad.

Ahora bien, dicha integración y la consiguiente consideración como un instrumento del Derecho Penal, requeriría una transformación, no meramente formal o nominal, de la *responsabilidad civil*, que no podría ya limitarse a atender a la víctima o perjudicados de un delito, a contemplarlos como exclusivo punto de su interés, sino que debería asumir una *función genuinamente penal*: la *prevención de delitos*. Con otras palabras, la *responsabilidad civil* tendría que dejar de ser lo que siempre fue, una mera *consecuencia* de un hecho dañoso, una *reacción a éste*, incapaz de mirar, no obstante, más allá de él, ocupada sólo en su reparación, y adquirir una dimensión específicamente penal. Ahora, sin desatender su función *natural*, sus orígenes, tendría que orientarse también, como las penas y medidas de seguridad, a la *prevención* de conductas delictivas. Como ellas, por tanto, no sería ya una simple consecuencia de una conducta ilícita a la que es preciso responder para retribuirla o para reparar los daños por ella causados, sino, además, o sobre todo, para evitar su repetición, tanto por parte de su autor (reincidencia), como por parte de terceros. Se trataría, por tanto, de que trascendiera, sin olvidarlo, del hecho producido, y se ocupara también, intentado prevenirlos, de hechos futuros.

En fin, la responsabilidad civil debería dejar de ser *responsabilidad civil* y convertirse en *responsabilidad penal*. Ahora se hablaría de la *reparación* como una consecuencia penal más, fruto de la asunción por parte de aquélla de nuevos cometidos de naturaleza político-criminal.

¿Es ello posible? Evidentemente, como decía, no será suficiente un simple cambio nominal o formal de la responsabilidad civil, trasformada, ahora, en *reparación penal*, ni, tampoco, asignarle, sin más, nuevas funciones, si ello no va acompañado de una modificación de su contenido: la responsabilidad civil no cumplirá satisfactoriamente su compromiso reparador y además los objetivos preventivos propios del Derecho Penal simplemente *trasladándola* a este último. Integrarla en el Derecho Penal y concederle autonomía en este orden normativo requeriría, por ejemplo, según ROXIN, que el autor del delito asumiera la responsabilidad de sus actos y colaborara activamente para restablecer la paz social perturbada[223]. Dicho de otro modo, la *reparación penal debe sumar*

---

[223] Cfr. ROXIN, "Pena y reparación", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LII, enero-diciembre 1999, p. 13.

a la "responsabilidad civil" nuevos contenidos que impidan confundirla con ella.

En mi opinión, el debate sobre la inclusión de la *reparación* en el sistema de consecuencias penales del delito abre nuevas perspectivas de desarrollo del Derecho Penal que deben ser detenidamente analizadas. Si la *reparación penal*, adecuadamente articulada, mantiene o mejora, incluso, sus prestaciones actuales, esto es, las *civiles*[224], favoreciendo así a la víctima y perjudicados por el delito e, incluso, *eliminando la ofensa al bien jurídico penal, recuperado para el Derecho*, y, además, cumple también de forma satisfactoria sus nuevos cometidos preventivos, su incorporación al sistema penal, sustituyendo a las penas, no debería plantear duda alguna.

Si la «reparación penal», por así decirlo, hace el "trabajo" de la responsabilidad civil, mejorándolo incluso, y, además, hace el "trabajo" propio de las penas, esto es, prevención general y prevención especial, su "contratación" por el Derecho Penal sería imperativa: éste vería atenuada su gravedad sin perder eficacia, siendo la víctima la gran beneficiaria de estos cambios.

Sin embargo, lo que resulta cuestionable es, precisamente, que la *reparación penal* sea capaz, no ya de mejorar la eficacia preventiva del Derecho Penal, sino, aún, de mantenerla, lo cual sucedería si el desplazamiento de las *viejas penas* por la referida *reparación* no implicara un incremento de la criminalidad. Al margen de la quizá *ingenua* creencia en que la *reparación* tendría un rendimiento preventivo especial superior al de las penas (o, en su caso, al de las *otras penas*), las principales incógnitas se plantean en el ámbito de la prevención general, pues si algún déficit cupiera atribuirle a la *reparación* como consecuencia penal parece que éste sería, precisamente, el de su capacidad preventiva general, que es la que *distingue* al Derecho Penal, la que hace de él un instrumento necesario, irrenunciable, de protección de bienes jurídicos.

---

[224] Circunstancia, ésta, en la cual cabría confiar, pues los extraordinarios efectos de la reparación en la pena, a la que sustituiría, obviamente la impulsarían.

6. *Penas a sujetos colectivos: la responsabilidad penal de organizaciones y personas jurídicas. Breve referencia a los artículos 31 y 369 del CP, reformados por la LO 15/2003*

Según lo visto hasta ahora, el Derecho Penal español puede caracterizarse como un sistema de tres vías, en el que aparecen, junto a las tradicionales penas y medidas de seguridad y corrección, de orientación estrictamente individual, las consecuencias accesorias, conformadas por el comiso y las medidas contra empresas y sociedades del artículo 129, capaces de alcanzar tanto a personas físicas como a personas jurídicas: en el primer caso (comiso) porque persiguen un bien que *participó en el delito o que ha nacido de él*, con independencia de quien sea su titular (persona física o jurídica, responsable penal o un tercero), siempre que éste no sea un tercero de buena que hubiera adquirido legalmente aquél; en el segundo caso (medidas del artículo 129) porque se imponen directamente a empresas o sociedades, sin que supongan, sin embargo, depuración de responsabilidades de éstas (penalmente incapaces), sino una forma de combatir la criminalidad mediante el aseguramiento de organizaciones o estructuras aprovechadas por personas físicas para cometer delitos. Lo que permite unir a ambas, superando sus diferencias, es su configuración como medidas de seguridad reales u objetivas: su fundamento es la peligrosidad objetiva de bienes u organizaciones (así son contempladas por el Derecho Penal las empresas y sociedades) y su función neutralizar y prevenir la continuidad en la actividad delictiva (individual) y sus efectos.

A estas tres vías (cuatro, si se considera que bajo la denominación *consecuencias accesorias* en realidad aparecen dos tipos autónomos de consecuencias; y cinco, si, aceptado esto último, se entiende que la responsabilidad civil, sin necesidad de esperar más, es ya una consecuencia que, superando su concepción exclusivamente civil, pertenece también al arsenal de consecuencias penales del delito) se unirá próximamente, según permiten adivinar el actual estado de la ciencia penal española, y las recomendaciones de organismos supraestatales, principalmente la Unión Europea, una cuarta: las penas a sujetos colectivos.

En efecto, aún identificándose, en principio, con la más genuina de las consecuencias del Derecho Penal, estas penas serán, en realidad, nuevas, suponiendo su incorporación a nuestra disciplina la derogación, entonces sí, del principio que identifica al sujeto penalmente capaz con la persona física. Hecha esta *predicción*, resulta obligado plantearse, con carácter inmediato, si dichas *incorporación* (de estas nuevas penas) y

derogación (del principio *societas delinquere non potest*), de manera *subrepticia* o *clandestina*, se han producido ya, o, pese a no haberlo hecho, es inminente que se produzcan. Aludo, con ello, a una disposición ya existente en nuestro sistema punitivo, el artículo 262 del Código Penal, y a dos cuya entrada en vigor se producirá el uno de octubre del presente año 2004, los artículos 31.2 y 369 del mismo texto legal.

La primera de las disposiciones citadas, el artículo 262 del Código Penal[225] (delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas), dispone que se impondrá, en supuestos de concursos o subastas convocados por las Administraciones o Entes públicos, "*al agente y a la persona o* ***empresa*** *por él representada, la* ***pena*** *de inhabilitación especial, que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años*".

Pese a referirse el mentado precepto expresamente a una **pena** como consecuencia imponible a la empresa, la doctrina no la interpretó en este sentido, estimando que se trataba de una "*deplorable redacción legal*" (o *lapsus* del legislador[226]) que en realidad ocultaba una *consecuencia accesoria* de la pena similar a las previstas en el artículo 129[227].

A este aislado artículo 262 se suman ahora, sin embargo, los referidos 31.2 y 369 del Código Penal. El primero, de alcance general, establece que si en los supuestos del artículo 31.1[228] "*se impusiere en sentencia una* ***pena de multa al autor del delito, será responsable de pago de la***

---

[225] Modificado por el artículo único de la LO 15/2003, con entrada en vigor el uno de octubre de 2004, que ha añadido la siguiente previsión: "*2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*".

[226] A ello alude ZUGALDÍA ESPINAR, considerándolo, sin embargo, un indicio más que denota la supresión del principio *societas delinquere non potest*. Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español", ob. cit., p. 896.

[227] Cfr., en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal", ob. cit., pp. 117 y 1118.

[228] "*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*".

misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó". El segundo, aplicable sólo en delitos de tráfico de drogas, establece, en su número 2, que "*en los supuestos previstos en las circunstancias 2.ª, 3.ª y 4.ª del apartado anterior de este artículo,* ***se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito****, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:*

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

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

Seguir considerando que nos hallamos ante simples *lapsus* del legislador o deplorables redacciones legales resulta cada vez más difícil. En mi opinión, la voluntad de aquél es, según ponen de manifiesto las disposiciones anteriores, someter la actividad de las personas jurídicas u organizaciones al control penal, *castigarlas penalmente*, sin que lo deplorable sea la redacción[229], sino la forma de introducir, *por la puerta falsa*, consecuencias penales de naturaleza retributiva contra sujetos colectivos. En un Derecho Penal totalmente diseñado bajo un paradigma individualista, incorporar castigos penales a sujetos colectivos sin prever sus supuestos de hecho, los requisitos para que aquéllos sean efectivamente impuestos, es un atentado contra los más elementos principios que informan esta rama del ordenamiento. La alternativa, conceptuarlas como sanciones de naturaleza administrativa, supone simplemente *huir del Derecho Penal y de sus garantías*, renunciar, con otras palabras, a construir una teoría, la de *delito de sujetos colectivos*, que el legislador, según podemos observar, no ha querido acometer, lo cual, sin embargo, no le ha impedido recurrir a sus consecuencias.

---

[229] Que muchas veces, en efecto, sí lo es.

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido

Laura Zúñiga Rodríguez
Profesora Titular de la Universidad de Salamanca

Sumario: I. Planteamiento. II. Características de la nueva criminalidad y los retos que plantea al sistema penal. 1. La empresa como organización generadora de riesgos. 2. La persona jurídica como construcción jurídica que dificulta establecer la responsabilidad individual. 3. Principales consecuencias en el ámbito penal de la existencia de esta nueva criminalidad. 3.1. Acentuación de los fines preventivos del Derecho Penal. 3.2. Preponderancia de bienes jurídicos colectivos. 3.3. Superación del problema causal. 3.4. Dificultades para determinar a las víctimas y los resultados lesivos. III. Los modelos de responsabilidad individual: la *deconstrucción*. 1. El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes. 2. El modelo de responsabilidad del titular de la empresa. IV. La responsabilidad penal de la *propia persona jurídica*. Principales problemas. 1. La responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema sancionador administrativo. 2. Las consecuencias accesorias. V. La construcción dentro del propio Derecho Penal o un modelo paralelo. 1. Problemas de injusto y culpabilidad del modelo. VI. Conclusiones: De la deconstrucción a la construcción de un modelo de responsabilidad penal a la persona jurídica.

I. PLANTEAMIENTO

El asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se está convirtiendo en el Derecho Penal en lo que MERTON —en ciencias sociales— llamaría un *strategic research site*, porque cruza diagonalmente todos los temas de la teoría del delito y plantea necesariamente la revisión de sus presupuestos, esto es, la actualidad de los principios limitadores del *ius puniendi*[1], las vinculaciones entre injusto penal e

[1] La tensión entre las demandas de eficacia y los principios limitadores del poder punitivo del Estado es uno de las cuestiones actuales más debatidas en el Derecho

injusto administrativo[2], las relaciones del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico, la tendencia actual expansiva de la

---

Penal al hilo del auge de la nueva criminalidad propia de un mundo globalizado. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, 2.ª ed., p. 83: «...la exigencia de dar respuesta a la globalización y a su delincuencia se concibe, en general, en términos *punitivistas*, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos, sino también —y de modo especial— a los propios Estados». Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política Criminal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 271-277.

2 No se puede en el poco espacio de un artículo zanjar esta cuestión, pero al ser un tema crucial para el debate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario sentar los términos del mismo y dejar clara la postura personal, en tanto presupuesto de la discusión. Los esfuerzos desde Goldschmidt por encontrar un criterio diferenciador entre injusto penal e injusto administrativo han sido prácticamente vanos. Así es dominante la consideración de que no existe una diferencia ontológica entre ambas infracciones; prueba de ello son delitos que se convierten en infracciones administrativas y viceversa, como las infracciones tributarias. En la doctrina administrativista Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1984, T. II, 2.º ed., pp. 147 y ss. PARADA VÁZQUEZ, «Las sanciones administrativas», en AA. VV., *La empresa en la CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1989, p. 542. SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, p. 34. «Nada hay, ontológicamente distinto entre unas sanciones y otras. Su sustancia es la misma y por consiguiente, nada justifica que **los principios, que constituyen expresión de esa sustancia**, sean diferentes en uno y otro caso» (el subrayado es mío). En el ámbito penal: Vid. específicamente: MARTÍNEZ PÉREZ, «La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo», *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º VI, 1983, p. 205. GARCÍA ARÁN, «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º XVI, 1993, p. 101. POLAINO NAVARRETE, «Derecho Penal criminal y Derecho administrativo sancionador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N.º 7, 1989, p. 77. [2] Por el traspaso de todas las garantías penales al ordenamiento administrativo sancionador se pronuncian todos los autores que consideran que no existe una diferencia sustancial entre ambos injustos Vid. por todos CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Introducción I*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 45. En contra, aduciendo un menor nivel de garantías en el ordenamiento administrativo. Vid. CID MOLINÉ, «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)»... cit., p. 141 y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*... cit., p. 125, para quien «...lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanción al mismo. A este respecto es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de la Administración imponga sanciones privativas de libertad». Personalmente creo

intervención penal[3], la legitimidad del recurso penal para los nuevos delitos socioeconómicos, entre otros. Además, afecta a dos de los temas actuales de la Política Criminal moderna: la criminalidad organizada y el terrorismo, puesto que en el núcleo de ambos tipos de delincuencia está la persona jurídica y las organizaciones. De ahí que abordar esta cuestión de una manera seria y no tangencial requiera irremediablemente ahondar en los presupuestos y seguramente escape de sus soluciones simplistas como las manidas «posiciones a favor» versus «posiciones en contra». Seguramente, también, aquí esté el «talón de aquiles» de esta cuestión: la imposibilidad para llegar a consensos sobre las cuestiones fundamentales del Derecho Penal, de las que se ha discutido a lo largo de todo el desarrollo de esta disciplina, que pueden sintetizarse en el problema de la *responsabilidad penal*.

Tampoco considero que la metodología propia para abordar este tema sea la de plantear la confrontación entre argumentos político-criminales de eficacia frente a imposibilidades de orden dogmático[4]. Hoy en día las soluciones dogmáticas pasan necesariamente por dar cabida a problemas de orden político-criminal, desde ROXIN. Y por lo menos este es un primer punto de acuerdo que no merece la pena remover.

---

que no se puede sostener que entre ambos hay solo una diferencia de grado, siguiendo a ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª ed., anotado y corregido por J. Hernández y B. Merino, Akal, Madrid, 1986, p. 22; o TORÍO, «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema penal)», en *Estudios sobre la CE en Homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, T. III, pp. 2538-2539. En todo caso, el traspase de los principios penales al sistema sancionador administrativo es una necesidad político-criminal (principio de intervención mínima) si se quiere limitar la potestad punitiva del Estado en general; aunque habrá que reflexionar por especies de delitos. Vid. más ampliamente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Relaciones entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una 'administrativización' del Derecho Penal o una 'penalización' del Derecho administrativo sancionador?», en AA. VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 1430 y ss.

[3] Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales...* cit., *passim*.

[4] Respecto a este supuesto debate entre eficacia (vertiente político-criminal) y principios (vertiente dogmática), vale la pena aclarar que en ningún caso se ha propuesto la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por imposibilidades probatorias de la responsabilidad individual. Más bien, consideramos que las dificultades probatorias provienen de los inconvenientes de la dogmática desarrollada desde la responsabilidad individual para solucionar los problemas de delincuencia cometida por grupos organizados.

Encontrar el hilo de la madeja en esta cuestión no es nada fácil si se quiere analizar un tema en el que la visión del penalista está sesgada para abordar el objeto de la criminalidad de grupo, dado que el principio de la responsabilidad personal (léase persona individual) constituye el pilar en el cual se asienta toda la estructura de la teoría del delito. Por tanto, un primer paso que hemos dado quienes nos hemos aproximado al tema es el de de-construir este andamiaje teórico intentado comprobar la validez del mismo, poniendo a prueba los modelos de resolución de responsabilidad individual frente a estas nuevas formas de criminalidad organizada, empresarial, transnacional, en la que los sujetos colectivos constituyen una pieza clave. De ahí que la metodología utilizada en esta ocasión sea la de, en una primera parte, *deconstruir* el modelo de responsabilidad personal y, una segunda parte, en la que se proponga un modelo de construcción o de solución.

Una dificultad más antes de abordar la cuestión. La teoría que tiende a la abstracción y a la generalización se encuentra con una práctica plagada de importantes diferenciaciones. La abstracción *persona jurídica*[5] no comprende las mismas agrupaciones de personas en los mismos países, ni se refiere a todas las organizaciones con potencial poder criminógeno. Es una construcción jurídica[6] que depende de cada legislación y no comprende, las asociaciones de hecho. De ahí que sea conveniente señalar previamente a qué sujetos colectivos nos estamos refiriendo al encuadrar el tema. En términos económicos —funcional a los delitos socioeconómicos— la definición que prima es *empresa*, en tanto unidad económica del mercado constituida para producir bienes y

---

5 Utilicemos la definición de DE CASTRO Y BRAVO, *Persona jurídica*... cit., p. 268: La persona jurídica consiste en «un grupo de personas (tipo asociación) o en una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre como la persona física, con la capacidad de sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos»

6 La teoría general del Derecho sobre la persona jurídica considera que ésta es sujeto del Derecho en general. Los estudios modernos prescinden de la discusión sobre su naturaleza ficticia, real o supraindividual. Como dice SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, 4.ª ed., pp. 232 y ss., el enfoque correcto consiste en centrar el análisis en las funciones que la expresión «persona jurídica» cumple en los distintos contextos. En suma, la noción «persona jurídica» es una muestra del poder de síntesis de una complejidad de enunciados que describen conductas de ciertos individuos y tienen en cuenta una serie de normas jurídicas.

servicios[7]. Pero también hay asociaciones de personas que no tienen fines de lucro como las empresas, que también pueden ser agentes criminógenos, como puede ser un partido político, o una simple asociación sin fines lucrativos, por lo que conviene ampliar el espectro conceptual a *los delitos que se cometen en una organización*[8] *de personas*, al margen de su personería jurídica[9]. En suma, si buscamos un denominador común en este tipo de criminalidad es sin duda *la organización*[10].

No es conveniente adentrarse en el debate teórico sin tener como horizonte dos hechos de la vida real que han influenciado la Política Criminal internacional y nacional centrándola en el terrorismo y la

---

7 Este es el concepto que ha servido de elemento aglutinador para los delitos considerados «criminalidad de empresa», a partir del famoso libro de SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Herymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979. Asimismo, Vid. SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1988, p. 531: «Delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa». Indudablemente nos estaríamos refiriendo al concepto amplio de delitos socio-económicos (que acoge el CP, dicho sea de paso), incluyendo delitos patrimoniales como la estafa y los delitos contra el medio ambiente.

8 La teoría de las organizaciones, enseña que una organización, además de estar encaminadas hacia fines u objetivos específicos, estructura diferenciada horizontal y vertical, sistema de roles individualmente asignados, lo que le da entidad propia es la racionalidad, la manera como la organización define su objetivo. Cfr. MAYNTZ, *Sociología de la organización*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, 5.ª reimpresión, p. 26.

9 En este punto, modifico mi punto de vista sostenido en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003, 2.ª ed., p. 49, en donde digo que para establecer como sujeto de imputación a la agrupación tiene que tener personería jurídica. Mi estudio más profundo sobre las organizaciones me hacen sostener que se trata de formaciones sociales con entidad propia al margen de la personería jurídica. Cfr. MAYNTZ, *Sociología de la organización*... cit., p. 80: «Las organizaciones fuera del ordenamiento jurídico se encuentran amenazadas constantemente por sanciones estatales. El mantenimiento en la clandestinidad es para ellas el principio dominante; amoldarse constantemente a acontecimientos imprevistos».

10 La concepción de la organización como sistema social es dominante hoy en la teoría de las organizaciones. Se trata de una formación social continente de diversos subsistemas (grupos, individuos, etc.) y contenido a su vez en sistemas más amplios (Comunidad, Sociedad, etc.). Cfr. MOUZELIS, *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, Ediciones Península, Barcelona, 1991, 3.ª ed., p. 185.

criminalidad organizada, que son: los atentados del 11 de septiembre de 2001 y las resoluciones de la Audiencia Nacional de agosto y octubre de 2002 en las se ha resuelto suspender las actividades de la asociación política Batasuna. En ambos casos el denominador común es la comisión de delitos por parte de organizaciones férreamente estructuradas en las que la utilización de empresas (personas jurídicas), asociaciones y organizaciones al margen del Derecho, se entrecruzan en un conglomerado económico y criminal difícil de deslindar. Pero hay que tener en cuenta otro hecho que muestra la impunidad de las organizaciones empresariales. El hundimiento del buque petrolero *Prestige* en noviembre de 2002, en las costas de Galicia, donde la dificultad para detectar el patrimonio de la empresa que debe responder por los daños ocasionados es ingente, porque se trata «banderas de conveniencia», es decir, empresas que fletan barcos y cuyo domicilio está en paraísos fiscales[11], en las que la determinación de los reales propietarios se asemeja a las famosas muñecas rusas. El único que ha respondido en este momento es el Capitán, a quien se le detuvo y se le impuso una fianza de tres millones de euros.

Previamente a analizar el proceso de *deconstrucción* y construcción de las respuestas penales a propósito de la nueva criminalidad organizada —lo que tradicionalmente se conoce como la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, resulta conveniente estudiar un aspecto que sirve de base a este debate: las características de esta nueva criminalidad que plantean nuevos retos al sistema penal.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA NUEVA CRIMINALIDAD Y LOS RETOS QUE PLANTEA AL SISTEMA PENAL

Cada sociedad produce su propia criminalidad o, dicho de otro modo, la criminalidad es reflejo de las relaciones sociales. Los rasgos de la criminalidad actual están condicionados fundamentalmente por el espectacular desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, especialmente centrado en el área de las telecomunicaciones y la información. La

[11] Vid. *El País*, 8/XI/2002, p. 28: «Ni la compañía Crown Resources, la petrolera que fletó el Prestige, ni Alpha Group, el consorcio ruso para el que trabajaba el buque, están dispuestos a asumir responsabilidad alguna».

rapidez con que se pueden mover las personas, las ideas, las cosas, el dinero, en un mundo donde ha primado la ideología del libre mercado, ha generado la posibilidad de lucrar ilícitamente de manera mucho más fácil y efectiva. La criminalidad organizada con sus enormes ganancias ilícitas progresa a pasos agigantados utilizando la corrupción económica y la corrupción política, en la cual el eje de la misma la constituye la gran empresa.

La capacidad real de dominio en el mercado y en el poder político de las grandes empresas, en momentos históricos en los que existen empresas multinacionales que poseen un volumen de negocios superior al de muchos Estados[12], es un hecho incontrastable y que jurídicamente plantea problemas no solo de orden económico, sino también de tipo político[13]. Dicha capacidad real de las grandes empresas, las centra como eje de la criminalidad empresarial y la criminalidad organizada dentro del mercado internacional de nuestros días. Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca, recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad[14]. Sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcance de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era.

Otro vector importante para entender esta nueva criminalidad es el propio dinamismo que ha generado la tecnología como objetivización de la obra del hombre y cuyas leyes no se pueden explicar con las tradicionales teorías causales. Se habla de «Sociedad del riesgo», «Derecho Penal del riesgo», «epistemología del riesgo», pero todas ellas denotan esa angustia vital del hombre moderno por pretender dominar la naturale-

---

12 Cfr. RAMONET, *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, trad. de J. A. Soriano, Mondadori, Barcelona, 2002, p. 20: «El volumen de negocios de General Motors es superior al PIB de Dinamarca; el de Exxon Mobil excede al PIB de Austria. Cada una de las cien empresa globales más importantes del mundo vende más de lo que exporta cualquiera de los ciento veinte países más pobres. Estas macro-empresas controlan el 70% del comercio mundial».

13 La soberanía de los Estados nacionales ya tocada por el nacimiento de uniones de países que desplazan su centro de decisiones a instituciones ajenas a sus propias fronteras, necesariamente tiene que verse resentida ante el poder económico de estas grandes empresas.

14 RAMONET, *Guerras del Siglo XXI. Nuevas guerras, nuevas amenazas*... cit., p. 14.

za, cuando ésta ya ha tomado vida propia y se rige por reglas independientes de la voluntad humana. En el plano criminológico esto supone que la unión entre tecnología y energía humana en manos de grandes organizaciones criminales aumenta de forma exponencial su capacidad criminógena. Es la llamada *macrocriminalidad*, puesta de manifiesto en los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuyo tratamiento por parte de los poderes públicos está desbordando las reglas de imputación penal, para ser abordadas como «nuevas guerras»[15]. En el plano jurídico-penal, esto significa que dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en la sociedad y dado que en la lesión de los mismos intervienen muchos otros factores imponderables («lo desconocido»), el Derecho Penal no puede esperar a que se produzca la lesión de los mismos y centra su núcleo de imputación en la prevención de las conductas riesgosas para los bienes jurídicos, en la *contención del riesgo*. No cabe duda que, entonces, que si se trata de contener los riesgos, es fundamental observar qué sujetos son los principales agentes criminógenos.

1. La empresa como organización generadora de riesgos

La realidad social se percibe y estructura como una constante tensión entre seguridad y riesgo, en la que el pragmatismo del consumo y el progreso justifican ciertos peligros para bienes jurídicos. Se trata de riesgos colectivos, riesgos de masas que se admiten por los beneficios que reportan, pero la sociedad se ve en la necesidad de limitarlos, acotarlos para que no se desborden y no produzcan lesiones a bienes jurídicos.

El principal agente de riesgos para los bienes jurídicos colectivos de nuestros días es la empresa. Los delitos contra el medio ambiente, contra los trabajadores, contra la salud pública (responsabilidad por el producto), fraudes contables, etc., se cometen principalmente en el seno de

---

15 Según KALDOR, *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, trad. de M. L. Rodríguez Tapia, Tusquets, Barcelona, 1991, p. 16: «las nuevas guerras implican un desdibujamiento de las distinciones entre guerra (normalmente definida como la violencia por motivos políticos entre Estados o grupos políticos organizados), crimen organizado (la violencia por motivos particulares, en general el beneficio económico, ejercida por grupos organizados privados) y violaciones a gran escala de los derechos humanos (la violencia contra personas individuales ejercida por Estados o grupos organizados políticamente).

empresas. No sólo dentro del comercio legal, sino también dentro de los tráficos ilícitos encontramos que en la mayoría de los casos existen empresas (reales, fantasmas, interpuestas, en cadena, etc.) que intervienen facilitando la impunidad de los hechos por el camuflaje dentro de la estructura de una persona jurídica.

En las sociedades postindustrializadas la trascendencia social y criminológica de la criminalidad de empresa desplaza en importancia a la llamada «criminalidad clásica», aunque en muchos casos permanezca en las cifras negras[16] y la persecución penal aún sea muy deficitaria. Factores sociales también favorecen este déficit de penalidad, como el hecho de tratarse de una criminalidad cometida por sujetos de alto *standing* social, muy bien valorados socialmente (*collar white crime*), quienes están bien relacionados con el poder económico y político[17].

En todo caso, la empresa se manifiesta como una importante fuente de riesgo para bienes jurídicos fundamentales como la vida, la salud, riesgos que se desarrollan en tres momentos:

a) En el propio proceso de producción: es el caso de los accidentes laborales. El trabajador al estar en contacto con la máquina y realizar actividades peligrosas en el desenvolvimiento de sus labores, pone en riesgo su vida y su salud.

b) Con los bienes producidos por la actividad industrial. La producción masiva de productos y alimentos en grandes escalas, su comercialización por grandes cadenas dificultan la determinación de los procesos causales que intervienen desde que el producto empieza a elaborarse hasta que llega al consumidor. De ahí la complejidad de la determinación de la responsabilidad por los productos defectuosos.

c) Con los desechos industriales. Los desechos de la actividad industrial pueden ser generadores de riesgos constitutivos de delitos. La emisión de humos, emisión de gases tóxicos, productos radioacti-

---

[16] Los espectaculares escándalos financieros en el corazón del capitalismo, Estados Unidos, parecen mostrar solo la punta de un *iceberg* en el que actividades lícitas e ilícitas se entrecruzan.

[17] Las dificultades que está teniendo la jurisprudencia italiana para sancionar delitos en el que está involucrado su Primer Ministro BERLUSCONI, es una exacerbación de las vinculaciones entre poder económico y poder político.

vos, etc. Muchos de ellos podrían producir delitos contra el medio ambiente, contra el Patrimonio Artístico, urbanísticos, etc.

La moderna empresa, ha protagonizado en los últimos decenios cambios importantes, en un proceso de concentración de capitales (fusiones, absorciones, etc.), para ser más competitiva en un mercado liberal sumamente exigente, donde la misma tiene que ofrecer el mejor producto al menor coste para el consumidor.

Se puede afirmar que una de las características más destacables del capitalismo de este fin de siglo, es la concentración de grandes capitales con las fusiones y absorciones de empresas, produciéndose grandes sociedades complejas que operan en distintos países: los «grupos de empresas», «complejos empresariales o de compañías», «*holdings*» o «conglomerados económicos», que pueden desarrollarse en distintos países, donde la distribución del proceso de producción, distribución y comercialización se realiza con diferentes empresas, habiendo normalmente una «madre» y «filiales», aunque cada una mantiene su personería jurídica propia. La funcionalidad de estas «asociaciones de asociaciones», está precisamente en la optimización de recursos, reduciendo costos y repartiendo riesgos y responsabilidades[18].

Esta complejidad se hace aún más evidente cuando hablamos de la moderna empresa en la sociedad de la información y en el mercado globalizado, donde la organización de la misma ya no es vertical-jerárquica como tradicionalmente lo ha sido, sino que se organiza en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados[19]. Siguiendo la definición de CASTELLS[20]: «La 'empresa horizontal' es una red dinámica y estratégicamente concebida de unidades autoprogramadas y autodirigidas basadas en la descentralización, la participación y la coordinación». Es decir, el modelo organizativo propiciado por el cambio tecnológico y las nuevas necesidades de un mercado muy competitivo y cambiante, donde los riesgos se diversifican en la red, ya no se define

---

18 Cfr. TERRADILLOS, «Delitos societarios y grupos de empresas», en BAYLOS/COLLADO (eds.), *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, p. 74.

19 Cfr. CASTELLS, *La era de la información. La sociedad red*, Vol. I, Alianza Editorial, Madrid, 2001, 1.ª reimpresión, pp. 201-254.

20 CASTELLS, *La era de la información. La sociedad red...* cit., pp. 216-217.

como un conjunto de medios orientados a unos fines comunes, sino que la empresa-red está constituida por un sistema de redes interconectados, pero a la vez autónomos en sus fines. En una red-horizontal, flexible, autónomamente regulada, con fines propios, pero vinculados a una gran empresa, difícilmente se puede establecer el núcleo de decisión de los comportamientos ilícitos.

2. *La persona jurídica como construcción jurídica que dificulta establecer la responsabilidad individual*

El progreso de las personas jurídicas sobre todo de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se concibió a partir de la diversificación entre riesgo y responsabilidad. Los miembros de las sociedades limitan su riesgo (llámese patrimonio y demás bienes jurídicos), con la determinación de la responsabilidad en la propia persona jurídica. Las personas jurídicas siempre necesitan de personas físicas para actuar[21]. Se produce así, naturalmente, un problema de escisión entre quienes actúan y quienes se responsabilizan del hecho[22]. Ello significa que siempre, en toda actuación de la personas jurídica, existe una disociación entre actuación y sujeto jurídico imputable. Con lo cual se observa claramente que se trata de una **imputación**[23]: son unos los

---

21 Esta es una evidencia que ha servido para que los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretendan fundamentar la necesidad de individualizar siempre la responsabilidad. Una cuestión es que las personas jurídicas necesiten siempre de personas físicas para actuar y otra, muy distinta, que recaiga sobre éstas toda la responsabilidad de la empresa. Además, se puede sostener que este hecho irrefutable de que las personas jurídicas actúen siempre mediante personas físicas, no ha sido óbice para que estos entes colectivos asuman su responsabilidad en el Derecho Administrativo, en el Derecho Mercantil o en el Derecho Civil.

22 Llama la atención sobre este hecho: GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Actualidad Penal*, 1993, p. 215. En la teoría general del Derecho se conoce este tipo de responsabilidad como responsabilidad indirecta o vicaria, cuando no coinciden el sujeto que realiza el acto ilícito y el sujeto de sanción. Cfr. SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, 4.ª ed., p. 187. En el Derecho Penal, en principio sólo se admite la responsabilidad directa (principio de culpabilidad-responsabilidad personal), pero este principio admite excepciones, como son el caso de la responsabilidad de los representantes de sociedades y la autoría mediata.

23 En Derecho Penal, se está imponiendo esta categoría a partir de la normativización de la responsabilidad penal. Esto es, se ha llegado al consenso, en las tesis

que actúan (los directivos, los órganos, los representantes) y otro el que responde, es decir, el que asume la responsabilidad de tal actuación, la persona jurídica.

Aquí se plantea un problema importante. La disociación entre las personas que actúan y el sujeto jurídico de imputación que caracteriza la persona jurídica, que se resuelve en el Derecho civil, mercantil y tributario con la **teoría de la representación** según la cual, las actuaciones que realiza su representante vinculan a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad. Sin, embargo en el Derecho Penal, por el principio de la responsabilidad personal y el principio de dolo o culpa, el representante sólo responderá si él personalmente realiza el delito con conciencia y voluntad o con negligencia, como se analizará pronto.

El conjunto de características reseñadas de la actuación en organizaciones de tipo empresarial, denota comportamientos complejos en los que se produce una **fragmentariedad en las decisiones** y en la **ejecución de las actividades** delictuosas: los centros decisionales están fragmentados y el *iter* formativo de la voluntad parcializado. El concepto de delito abstraído a partir de consideraciones estáticas de la lesión de un bien jurídico por un sujeto, se aleja mucho de la nueva fenomenología dinámica de las conductas delictuosas que se producen en las actuaciones dentro de la empresa[24]. La complejidad de esta fragmentariedad de los procesos de toma de decisiones, formación de la voluntad y ejecución es mayor mientras más compleja sea la sociedad, pudiendo ir desde una empresa unipersonal a un consorcio de empresas o holdings, siendo creadas éstas precisamente para diversificar riesgos y responsabilidades. En estos supuestos, el proceso de ejecución del

---

funcionalistas, que la determinación de quién responde con una sanción penal, es una construcción social-valorativa, un acuerdo intersubjetivo. Para HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts...* cit., p. 173, la cuestión central en materia de responsabilidad penal es determinar que un delito es realizado por una(s) determinada(s) persona(s). Según KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1993, p. 19, en el naturalismo, la imputación se fundamentó en la causalidad, en el finalismo se fundamentó en la estructura ontológica de la acción (final), y actualmente se fundamenta en la racionalidad del fin (*Zweckrationalität*), esto es, en la prevención del peligro o el riesgo de lesión para bienes jurídicos.

[24] Cfr. PALIERO, «L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazzione del diritto penale dei codici?», *Rivista Italiana dì Diritto e Procedura Penale*, 1994, p. 1245.

delito suele ser el resultado de la confluencia de una pluralidad de actos parciales y fragmentarios de varios sujetos físicos, muchos de ellos cubiertos bajo el abrigo de corporaciones, en donde convergen una pluralidad de comportamientos dolosos y culposos, realizados por conductas activas u omisivas.

3. Principales consecuencias en el ámbito penal de la existencia de esta nueva criminalidad

3.1. Acentuación de los fines preventivos del Derecho Penal

Como ya se ha puesto de manifiesto, el diagnóstico sociológico de «sociedad de riesgo» de nuestras sociedades pone el acento en la exigencia de convivir con riesgos irrenunciables como la empresa, la máquina o el automóvil, pero también con la necesidad de contenerlos, de limitarlos a lo legítimamente soportable (el riesgo permitido). La regulación de contención de riesgos, que normalmente se desarrolla con el Derecho administrativo sancionador, va a jugar un papel clave en la determinación de lo permitido y prohibido[25], cuando se trata de bienes jurídicos colectivos o derechos sociales, propios de los delitos socioeconómicos. Se trata de la sinergia entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador, donde varios tipos penales se configuran como «mero instrumento de cierre del sistema de control», y donde deslindar en la realidad injustos penales e injustos administrativos parece difícil, dada su extraordinaria similitud o, cuanto menos, su comunicabilidad: leyes penales en blanco, tipos abiertos, normas de reenvío, accesoriedad administrativa, técnicas de adelantamiento de la intervención, delitos de peligro abstracto, delitos que sancionan la mera desobediencia, son todos aspectos de la nueva configuración de los modernos tipos penales.

Los efectos que tal caracterización de las modernas tipificaciones ha producido en el sistema dogmático penal, pueden concentrarse en la ya manida frase de «crisis del Derecho Penal». En efecto, además de la vulneración de principios por parte de esta moderna legislación, debe

---

[25] P or ejemplo, la regulación de emisión permitida de contaminantes, respecto del delito contra el medio ambiente; la regulación del mercado bursátil respecto al delito de información privilegiada, etc.

anotarse que en la propia doctrina[26] también se han producido fisuras fundamentalmente por privilegiar en muchos casos la eficiencia, la estabilidad de la norma, la eficacia en la intervención[27], sacrificando las categorías y sus reglas de imputación. Además de la garantía de taxatividad, quedan en entredicho los principios de ofensividad y culpabilidad, principales piedras de toque de la teoría del delito, así como las garantías de subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención.

Este acento de los fines preventivos de la intervención penal y su consiguiente adelantamiento, tiene un significado para la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: dado que en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador nadie discute la responsabilidad de las mismas, existiendo tal sinergia e interconexión con el Derecho Penal, necesariamente debe hacerse el replanteamiento del tema, por coherencia jurídica, y porque hoy en día el legislador responde indistintamente con uno u otro tipo de sanción.

3.2. Preponderancia de bienes jurídicos colectivos

La introducción en los códigos penales de los últimos decenios de delitos que protegen bienes jurídicos de carácter supraindividual como expresión del modelo del Estado social de Derecho, es una realidad indiscutible. Estos bienes jurídicos colectivos, supra-individuales o difusos crecen en la valoración social de los ciudadanos dada la trascendencia social y económica que su vulneración supone. Intereses tan importantes para la convivencia social de nuestras sociedades como el

---

[26] En Alemania es conocida la polémica entre la Escuela de Hassemer y sus seguidores (Escuela de Francfort) que postulan una vuelta al «Derecho Penal clásico» y los demás autores, como SCHÜNEMANN, TIEDEMANN, ROXIN, etc. quienes ven legítima la intervención penal en materia económica. En esta disputa ha sido fundamental la obra de KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *Goltdammer's Archiv*, 1994. También puede señalarse la contribución de SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 15-42.

[27] Se arguye una «natural» transformación de la intervención penal a las peculiaridades de la moderna criminalidad, una cierta «adaptabilidad» de los principios a las exigencias actuales de control de conductas. Cfr. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*... cit., p. 31: «el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas».

medio ambiente, la Hacienda pública, la libre concurrencia, el mercado bursátil, los derechos de los trabajadores, la salud pública, la seguridad en el tránsito, para nombrar los más connotados, son tutelados actualmente por medio del Derecho Penal, el Derecho administrativo sancionador y por leyes especiales de carácter sancionador. Y, como otro factor desencadenante del aumento de intereses de carácter colectivo en la valoración de la ciudadanía y del legislador, es el reconocer la ingente cantidad de riesgos que asumimos por la convivencia con la técnica y que es menester controlar.

Es verdad que la consideración de los bienes jurídicos colectivos ha producido una expansión del Derecho Penal, pero esto no puede significar ni que sea ilegítima la intervención penal para tutelarlos, ni que la teoría del bien jurídico sea incapaz de constituir un límite al *ius puniendi*. Ambos extremos deben desecharse. Hoy pocos dudan en la necesidad de tutelar por medio del Derecho Penal bienes jurídicos de carácter colectivo[28], que se consideran fundamentales para el desarrollo social, como el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, la libre concurrencia en el mercado, la salud pública y otros, dado que el modelo social del Estado en que vivimos, el aumento de riesgos para dichos bienes propio de las sociedades post-industriales, obligan al Estado a utilizar el recurso penal como gendarme mayor que garantice un umbral de legalidad mínimo en el despliegue de estos derecho fundamentales de tercera generación. Como sostiene ARROYO ZAPATERO[29]: «Hoy la dañosidad social material de los delitos económicos se corresponde con la valoración moral negativa de los mismos por la Comunidad».

---

[28] No vamos a entrar en la discusión sobre la legitimidad de la tutela de bienes jurídicos, que compromete a todo el Derecho Penal económico. Es ciertamente minoritaria la tesis que considera que estos bienes no deben ser tutelados por el ordenamiento penal. De hecho, el propio legislador del 95 ha optado por la criminalización de los delitos socioeconómicos con claro afán de proteger bienes jurídicos colectivos. Aunque existe un sector minoritario de la doctrina alemana reacia a utilizar el recurso penal para estos bienes (Hassemer, Herzog), quienes reivindican la necesidad de una teoría monista-individualista del bien jurídico. Cfr. la situación espiritual en Alemania y las críticas a esta teoría en SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal...* cit., pp. 15 y ss.

[29] En ARROYO/ TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*, Univ. de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, p. 16.

Por otro lado, estos bienes jurídicos colectivos que aquí nos ocupan son lesionados o puestos en peligro mayoritariamente en la realidad por empresas, sociedades, o entes colectivos en general. Incluso, como se ha dicho, algunos delitos que protegen bienes jurídicos colectivos sólo pueden ser lesionados por empresas o corporaciones[30], por ejemplo los delitos contra la libre concurrencia. Este hecho nos tiene que hacer reflexionar sobre los sujetos a los que se dirige la norma penal (*Normadressaten*) y, por tanto, en quienes se intenta motivar para que se cumpla la función preventiva de la misma. No hay que olvidar que la norma penal es un proceso comunicativo en el que los sujetos a los que se dirige juegan un rol fundamental.

3.3. Superación del problema causal

Como sostiene SCHÜNEMAN, lo característico de la sociedad postindustrial actual consiste en el extraordinario incremento de las interconexiones causales[31]. Y ello se debe en gran medida a la producción industrial que es compleja, sectorializada, especializada, pluridimensional. Si a esto se une que las relaciones sociales se desarrollan mayoritariamente en contextos colectivos, donde se produce un distanciamiento de las relaciones personales y por tanto, entre agresor y víctima del delito, puede verificarse que los cursos causales sean múltiples, «cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia»[32].

---

[30] Cuando los arts. 372 y 303 CP dicen que los hechos pueden ser realizados por empresario, es evidente que el empresario asume la forma de persona jurídica, de sociedad, de empresa. Entonces en todos estos casos, el empresario (léase empresa, persona jurídica) es el sujeto activo de los delitos. Cfr. para el caso del art. 372 CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 91 y ss. Cfr. para los delitos contra los trabajadores, BAYLOS/ TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, 2.ª ed., p. 57 donde dice. «En el Derecho penal del trabajo el primer destinatario de la norma suele serlo el empresario, en cuanto que el ejercicio de su actividad lo coloca en la situación de **garante directo, incluso exclusivo en ocasiones**, de la salvaguarda de los bienes e intereses de los sujetos que forman parte de la estructura empresarial» (el subrayado es mío).

[31] Vid. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*... cit., p. 30.

[32] SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*... cit., p. 31.

Efectivamente, la producción masiva de alimentos por parte de empresas alejadas de los consumidores, la distribución de los mismos mayoritariamente a través de grandes cadenas de almacenes, son una muestra de la ingente cantidad de cursos causales que pueden desarrollarse a los efectos de producir lesiones a la vida o a la salud de los consumidores. En el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, donde también suelen intervenir sociedades o incluso empresas transnacionales, la prueba de la causación del daño también adquiere serias dificultades[33].

La importancia de las teorías causales o de imputación objetiva, según su caso, adquieren relevancia pues son las encargadas de dilucidar si el riesgo para el bien jurídico se ha materializado en el resultado lesivo. No obstante, esta problemática que resultó central en los dos casos más sonados de responsabilidad por el producto defectuoso, como son el caso «Lederspray» y el caso «Colza», mostró que a pesar de los desarrollos doctrinales de la teoría de la imputación objetiva, subsisten serias limitaciones para demostrar si el riesgo desarrollado dentro del ámbito de una empresa se ha hecho efectivo en los daños a los consumidores[34].

Los problemas para determinar si el riesgo producido dentro de una empresa, para bienes jurídicos como la salud pública o el medio ambiente, son los que efectivamente han causado las lesiones a los mismos, son hoy por hoy irresolubles bajo criterios ciertos de la teoría de la imputación objetiva o de la causalidad. El tema se complica aún más cuando intervienen una pluralidad de empresas, en las que hay una pluralidad de órganos o representantes.

---

[33] Cfr. KERNER, «Experiencias criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal Alemana», en BARBERO SANTOS (ed.), *La Reforma Penal: los delitos socioeconómicos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, p. 158, quien sostiene que dicha prueba sólo se ha conseguido en rarísimas ocasiones.

[34] En términos similares HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 51: «Ni siquiera las modernas teorías de la imputación objetiva, desarrolladas para solucionar los problemas de imputación que depara el tráfico automovilístico y la responsabilidad por imprudencia en general, han conseguido dar una fundamentación satisfactoria a la imputación de resultados, cuya producción no puede reconducirse inequívocamente a un determinado producto o a uno de sus componentes».

3.4. Dificultades para determinar a las víctimas y los resultados lesivos

Este alejamiento entre sujeto agresor y víctima propio de los ilícitos que se cometen en organizaciones complejas y la concurrencia de una serie de procesos causales difícilmente determinables entre que se produce el riesgo y se desencadena el resultado, explican las dificultades para determinar a las propias víctimas y los resultados lesivos.

Las víctimas de muchos delitos socioeconómicos son indeterminadas, llegando a hablarse incluso de delitos sin víctimas. En muchos casos además los daños producidos a las mismas son heterogéneos, dependen de variantes vicisitudes, y se presentan en diferente tiempo y lugar[35]. El hecho que la mayoría de estos delitos vulneren bienes jurídicos colectivos también redunda en esta indeterminación, pues la tangibilidad de los mismos no es material, sino formal, jurídica. Más aún, para algunos autores, como Hassemer, los bienes jurídicos colectivos son indeterminados, difusos, intangibles, es decir sin existencia propia, sino sólo funcionalizados en relación a la persona individual, por lo cual su lesividad también estaría funcionalizada de acuerdo a las personas.

En suma, la realidad criminológica moderna, organizada, transnacional, corporativa, socio-económica, nos muestra que la mayoría de delitos son cometidos por entes colectivos complejos, jerarquizados, en los que predomina la división del trabajo, siendo en algunos casos sólo cometidos por corporaciones. La protección efectiva de los bienes jurídicos colectivos de nuevo cuño, como el medio ambiente, la salud pública, los delitos contra los trabajadores, etc., cuya vulneración tiene gran trascendencia social y económica en los últimos tiempos, plantea nuevos retos a la dogmática penal fundamentada en la responsabilidad individual.

III. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL: LA *DECONSTRUCCIÓN*

Las características anteriormente reseñadas de los delitos que se cometen en organizaciones complejas, en las que se produce una

---

[35] Es lo que sucedió en el caso de la Colza, lo cual incrementa el problema causal.

fragmentariedad en las decisiones y en la ejecución de las actividades delictuosas, esto es el tema de lo que Lampe denomina *la responsabilidad penal en sistemas complejos*[36], chocan con la realidad de un sistema de imputación fundamentado en la responsabilidad de un sujeto individual, en el que la construcción teórica se ha inducido de un comportamiento estático centrado en el reproche a un individuo por no haber actuado de otro modo.

Desde los inicios de la construcción de la teoría del delito, el ilícito penal se fundamentó en una concepción individualista de sus fundamentos, injusto y culpabilidad. Así, el sistema dogmático que se fue diseñando ha tenido como base la responsabilidad personal. Para el causalismo naturalista, basado en concepciones mecanicistas, el eje de la responsabilidad penal era la vinculación natural del resultado a su autor. Incluso para los neoclásicos, lo esencial de la acción radica en la causación de un resultado procedente de la voluntad[37]. Esta concepción personal del delito llega a su más alta expresión, con la construcción de la acción final de WELZEL en que se diseña un **injusto personal** como base de la teoría del delito[38]. Los ejes, hasta hace muy poco, han sido el comportamiento humano voluntario (evitable) y la culpabilidad como un reproche personal por no haber actuado de otro modo. A partir de esta concepción se construye todo el sistema dogmático centrado en un comportamiento personal de una persona física, la imputación subjetiva, la autoría y participación, la culpabilidad, etc., mostrándose también desde el punto de vista de la teoría del delito la imposibilidad de sancionar a las empresas con penas.

---

36 Vid. más ampliamente LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106, 1994, pp. 706 y ss.

37 Cfr. JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, pp. 31-33.

38 Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledó y J. de Vicente Remesal de la 2.ª ed. Alemana, Civitas, Madrid, 1997, pp. 319 y ss.: «...la acción sólo es antijurídica en cuanto obra de un **determinado** autor... La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor» (p. 320, el subrayado es mío). Cuando el problema es establecer ese «determinado autor» en sistemas complejos, el sistema penal no tiene otra respuesta que derivar el problema a otras ramas del ordenamiento jurídico. También SILVA SÁNCHEZ, «Introducción» en SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 15, señala como uno de los puntos de consenso a los que llegado la doctrina dominante, el injusto personal integrado por el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

De esta manera, el modelo tradicional de respuesta frente al delito ha sido el de individualizar la responsabilidad penal. De ahí que la mayoría de países del sistema eurocontinental de tradición germánica hayan sido fieles al *principio societas delinquere non potest*. La legislación y la jurisprudencia, han tenido que desarrollar dos modelos de individualización de responsabilidades, cuando los hechos son cometidos por personas jurídicas:

a) El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes.

b) El modelo de la responsabilidad del titular de la empresa.

En el primero la responsabilidad se centra **en la base** de la pirámide societaria, en el segundo se centra **en el vértice** de la misma. Finalmente es una decisión político-criminal de establecer dónde se considera que se infringen los mandatos de la norma penal, es un asunto de determinación de «la posición» del deber jurídico. Llámese la atención también, que en ambos casos se trata de «responsabilidades profesionales», es decir, adquiridas por asumir un cierto rol en la empresa, no por lo que en concreto se ha realizado[39], cuestión que debe ser tenida en cuenta en la culpabilidad. La resolución del asunto, sin duda, adquiere dificultad. En palabras de HASSEMER y MUÑOZ CONDE: «¿cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o a quiénes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos?»[40]. Decidir al respecto, **dónde recae el deber de garante de los bienes jurídicos en juego**, es una cuestión trascendente en los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, que debe ser valorada en todas sus implicancias.

1. El modelo de la responsabilidad de los órganos y representantes

También denominado **responsabilidad hacia abajo**[41] porque concentra la responsabilidad en los representantes (normalmente legales,

---

39 Cfr. ALESSANDRI, «Parte General», en PEDRAZZI/ ALESSANDRI/ FOFFANI/ SEMINARA/ SPAGNOLO, *Manuale de Diritto Penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna, 1998, p. 43.

40 HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*... cit., pp. 52 y 53.

41 ACHENBACH, «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán», en SILVA SÁNCHEZ

pero también de hecho), que suelen ser los escalones más bajos de la cadena funcional, quienes ejecutan las órdenes de un plan previamente concebido arriba. El principal escollo de este modelo de imputación es que no ataca la posible «actitud criminal de grupo», pudiendo ser los representantes fácilmente intercambiables, pues son sujetos fungibles[42] dentro de la cadena funcional —meros ejecutantes, sino instrumentos de un plan ya concebido—, con lo cual no se consigue los efectos preventivo generales de la norma[43].

El art. 31 del CP español y su antecedente el art. 14 del CP alemán, contienen una disposición de extensión de la responsabilidad al representante cuando éste no posee los elementos especiales requeridos por el tipo penal en los delitos especiales, elementos que si deben concurrir en la persona jurídica. Esta disposición permite superar mediante un criterio normativo, la escisión de los elementos del tipo legal en la realidad: el representante realiza el tipo, pero no tiene la capacidad para ser autor porque en estas normas el autor debe reunir ciertas características especiales, mientras que la persona jurídica es la que reúne dichas características, pero no puede realizar por sí misma el hecho típico. Sin esta disposición no podría penalizarse a estos representantes, pues estarían claramente fuera de la previsión legal. Así se introduce disposiciones específicas de extensión de la autoría formal de los delitos especiales a quienes actúan en lugar del sujeto cualificado[44].

En primer lugar, tiene que individualizarse la responsabilidad de los directivos, representantes u órganos de la empresa y probar que realizan el tipo objetivo y subjetivo del delito. De lo contrario, estaríamos ante una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad o una regla de adscripción de responsabilidad, imposible de sostener con base en el principio de culpabilidad. Debe decirse que aunque en la teoría la concurrencia de

---

(Ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 382.

42 Nótese que la empresa es una organización funcional, donde las personas juegan un rol funcional, lo importante son las **funciones** no las personas; éstas pueden sucederse en el tiempo, siendo natural el recambio de personas físicas por meras cuestiones fisiológicas y se mantiene la continuidad de la organización. Cfr. ALESSANDRI, «Parte General... cit., p. 29.

43 Cfr. SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa... cit., p. 533.

44 GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal... cit., pp. 216-217.

todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo es un requisito de aplicación, en la *praxis* esto no sucede siempre así. Muchas veces se instruye al representante de la empresa por el hecho delictuoso que se atribuye a la persona jurídica, con lo cual prácticamente al representante se le adscribe la responsabilidad por el delito cometido dentro de la empresa sin comprobar si quiera si él conoce de la comisión del ilícito[45].

El modelo de la responsabilidad de los órganos o representantes, acaba seleccionando a uno o varias personas físicas, órganos o representantes de la empresa como «chivo expiatorios», con el fin de no dejar el hecho impune y tranquilizar a las víctimas así como a la ciudadanía que reclama justicia[46]. Se trata de asegurar la responsabilidad civil[47] para las víctimas y de reafirmar la prevención general positiva del delito. Esto, de alguna manera, es lo que ha sucedido con el capitán del *Prestige*, cuya detención y proceso penal apenas consumarse la catástrofe, siendo el único que hasta este momento ha respondido por ese complejo suceso, no es más que una puesta en escena, una función simbólica del Derecho penal.

El cuestionamiento más importante que se le hace a este modelo es que descarga la responsabilidad penal en sujetos con un limitado poder de decisión, quienes son en definitiva sustituibles, por lo que la «actitud criminal del grupo» o las conductas riesgosas para bienes jurídicos pueden mantenerse buscando otro representante.

2. *El modelo de responsabilidad del titular de la empresa*

Algunas legislaciones contemplan expresamente una disposición de infracción del deber de garante de los titulares de la empresa por los delitos y/o faltas que realicen sus subordinados. Así lo hace el art. 130 de la OWiG (Ley de Contravenciones) alemana y el art. 130 de la Ley de infracciones y sanciones administrativas española, Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

---

45 La jurisprudencia hasta hace muy poco consideró que los hechos punibles que se realizaban en el seno de una persona jurídica, eran autores del mismo, sea cual sea la clase de delito que se comete (especial o no), las personas físicas que ejercen cargos de responsabilidad en la empresa. Vid. GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal... cit., p. 217 y la jurisprudencia que allí se cita.

46 Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, «¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *La Ley*, 1996, p. 131.

Ambas se encuentran en el ordenamiento administrativo sancionador y pueden considerarse sanciones punitivas, en sentido amplio[48].

El CP de 1995 no contempla ninguna norma similar en la Parte General, pero sí existe la previsión general de la comisión por omisión del art. 11 que puede ser aplicada a todos los delitos cometidos en el seno de empresas, siempre que se cumplan con los requisitos allí establecidos[49]. La interpretación más acertada de esta fórmula, apuesta por una complementación entre fuentes formales y fuentes materiales de la posición de garante, por lo que las exigencias de concurrencia de un deber jurídico y la equivalencia de la conducta omisiva con la conducta activa según el texto de la ley, debe entenderse que, en estos casos se integra la situación típica del deber de actuar con la posición de garante que se presenta cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro[50]. La cuestión fundamental seguirá siendo cuándo hay una verdadera equivalencia material, cuestión que sólo puede establecerse considerando la **posición de garante**, esto es la especial relación del sujeto con los bienes jurídicos[51].

---

47 El CP contempla que las personas jurídicas pueden responder civilmente: art. 117 (de las *empresas aseguradoras*), art. 120.2 a 5 (*disposición general*), art. 212 (solidaria en delitos contra el honor), todas del CP.

48 Cada vez es más clara la tendencia a considerar las sanciones administrativas como de carácter punitivo y, por tanto, sujetas a los principios del Derecho Penal. Esta conceptualización de unificación del sistema sancionador ha sido acogida también por la jurisprudencia española en STC 18/1987, donde claramente se afirma «el *ius puniendi* del Estado se puede manifestar tanto en el ordenamiento penal como en el ordenamiento administrativo». Los alcances de esta aseveración para la responsabilidad penal de las personas jurídicas todavía está siendo evaluada por la doctrina, pues al existir ya la responsabilidad administrativa de las mismas, pretender aplicarles los principios de imputación subjetivos del Derecho Penal, da lugar necesariamente al replanteamiento del tema o, de lo contrario, se tendrá que asumir una responsabilidad objetiva en estos casos.

49 Los criterios de la comisión por omisión se suelen aplicar también para individualizar responsabilidades en el seno de órganos colegiados. Vid. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 65 y ss. Para los delitos contra la salud pública Vid. CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 del CP*... cit., pp. 83 y ss.

50 Cfr. en este sentido MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*... cit., p. 306 y MORALES PRATS, «art. 11 del CP», en *Comentarios al CP*... cit., p. 90.

51 Como dice SERRANO PIEDECASAS, «Crítica formal del concepto de omisión», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1993, p. 1001, la omisión jurídico-penalmente relevante consiste en un juicio de desvalor normativo sustentado en

Es interesante analizar este modelo porque pese a no existir una disposición específica de responsabilidad por omisión del titular de la empresa por los delitos cometidos por sus subordinados (en el CP, pero sí en la Ley de Infracciones Administrativas, art. 130), la doctrina viene proponiendo la fundamentación de la responsabilidad de los directivos de las personas jurídicas a través de su posición de garante[52]. La jurisprudencia también ha sancionado a los directivos de empresas cuando se produjeron lesiones a bienes jurídicos por la comercialización de productos defectuosos en los casos Colza y Lederspray. Los Tribunales sancionaron a los directivos por un delito en comisión por omisión, infringiendo el deber de vigilancia respecto de las actividades de sus subordinados[53].

Su fundamento consiste en que cuando varias personas trabajan coordinadas para conseguir un único objetivo, cada uno de los sujetos es no sólo responsable de ejercer con corrección su actividad, sino también de controlar que dicha corrección se dé también en los restantes miembros de la cadena funcional. Todas las personas relacionadas con la fabricación o venta de un producto adquieren por ese hecho una posición de garante que les obliga a evitar el riesgo de que el producto pueda provocar daños a los consumidores. El Director o el responsable máximo del programa funcional, lo será también de todo el programa de actuación. Como puede observarse, en estos casos, contrariamente al modelo de imputación del representante, la responsabilidad se traslada al vértice de la estructura asociacional. Es por eso que también se le denomina **responsabilidad hacia arriba**.

---

deberes extra-penales. Debe notarse también, que el sistema de control de la actividad económica, en donde el Derecho Penal viene a ser «el brazo armado», es un sistema basado en una red de obligaciones, poderes, funciones, donde la consideración de la forma omisiva para imputar responsabilidades concuerda rápidamente.

52 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español» en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*... cit., p. 378. LASCURAÍN, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Libro Homenaje a Tiedemann*, Edersa, Madrid, 1995, p. 210 y ss.; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución*... cit., pp. 65 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 del CP*... cit., pp. 83 y ss.

53 Cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*... cit., pp. 98 y ss.

Por su parte, el deber de vigilancia se funda en la función y el derecho de mando de los directivos de las empresas: relación de trabajo fáctica y limitada en el espacio por el empresario en las relaciones de autoridad, las cuales encuentran su apoyo en el contrato de trabajo, el derecho de dirección jurídico-laboral y la confianza de la Comunidad en el desempeño de sus funciones[54].

El fin político-criminal de la responsabilidad del titular de la empresa (o de sus directivos) es muy interesante: instar a los gerentes, directores y demás responsables de la empresa para que desplieguen todas las labores exigibles de cuidado con el objeto de evitar que se produzcan delitos o contravenciones por sus propios subordinados.

Sin embargo, el gran cuestionamiento que se le hace a este modelo es que no existe acuerdo en determinar quiénes y con qué límites tienen **posición de garante** de las actividades de terceros en la empresa. Este es un tema central, porque está claro que responder por las actividades de terceros debe fundamentarse en una clara infracción de un deber nítidamente determinado y que su incumplimiento, como decíamos, sea generador de riesgos para bienes jurídicos.

La incorporación de una regla específica en el CP de infracción del deber de vigilancia como la que tienen en Alemania, no soluciona, ni mucho menos, los problemas de imputación de los delitos que se cometen en el seno de una empresa porque: 1) Se asienta sobre bases dogmáticas poco consensuadas, cuales son los criterios de imputación de la omisión impropia. 2) Se corre el riesgo de «flexibilizar» los conceptos de la omisión para resolver supuestos complejos en los que el peso está en la salvaguarda del deber jurídico, convirtiendo la norma penal en un mero «delito de infracción del deber» (*Pflichtdelikte*) extra-penal. 3) No existe consenso en la doctrina penal en dónde recae la posición de garante, en el titular, en los directivos, en los administradores, en los asesores, etc., por lo que imputar responsabilidad en este campo puede conculcar el principio de culpabilidad que tanto se pretende salvaguardar. 4) Siguen quedando lagunas de punibilidad importantes[55].

---

[54] Cfr. BOTTKE, «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto...* cit., p. 133.

[55] Obsérvese que el art. 130 OWiG ha sido duramente criticado por la doctrina alemana. Vid. FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de

En suma, el modelo de la responsabilidad individual, al pretender individualizar la responsabilidad, ya sea en los eslabones más bajos de la cadena funcional (responsabilidad de los órganos o representantes) o en los directivos (responsabilidad del titular de la empresa) deja intacta los comportamientos organizacionales que suponen una política general del grupo y plantea serias lagunas de punibilidad al requerir siempre un sujeto que actúe con conciencia y voluntad o con infracción del deber de cuidado.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA. PRINCIPALES PROBLEMAS

Los países del Common Law y varios países próximos a nuestro sistema jurídico[56], adoptan la punibilidad de las propias personas jurídicas. Asimismo, la UE desde sus tratados fundacionales se irroga la potestad de sancionar a empresas en materia de libre competencia, sanciones que se han reconocido tienen carácter punitivo[57]. Además, el

---

los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo... cit., p. 122-127; ROGALL, «Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (& 130 OwiG)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986, especialmente pp. 585 y ss. En la práctica esta norma funciona como «tipo de recogida» de los delitos cometidos en la actuación dentro de una empresa, cuando los instrumentos penales teóricos (imputación dolosa, culposa y autoría y participación) han fracasado. Dadas las dificultades para establecer el hecho de conexión y las personas cuya actuación vincula a la empresa, se ha propuesto que funcione en conexión con la multa asociacional del art. 30 OwiG, Cfr. TIEDEMANN, «Die Bebussung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität... cit., p. 1173. Establecer como hecho de conexión una contravención que necesita otro hecho de conexión, cual es el parágrafo 30 OwiG, puede ser un adelantamiento de la intervención intolerable, por lo menos en el ámbito penal.

56 Destaca el CP francés de 1994.

57 Aunque se discute sobre su naturaleza jurídica, las sanciones comunitarias al tener carácter aflictivo (verdadera afección o limitación patrimonial o restrictiva de derechos patrimoniales) y preventivo (tiene un fin preventivo, buscar que no se vuelva a cometer la infracción), puede clasificarse como punitivas *lato sensu*. Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*... cit., pp. 147-150. Hay que reconocer que la jurisprudencia generada por la aplicación de estas sanciones está sirviendo

Corpus Iuris[58] incorpora una disposición en la que se reconoce la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, estableciendo un criterio funcional para la persona que compromete con su actuación a la empresa o asociación. Asimismo, las legislaciones penales especiales y el Derecho administrativo sancionador sancionan directamente a empresas en muchos países[59], sin haber planteado ningún inconveniente dogmático. O, de lo contrario, como sucede con el CP español y otros que han seguido su impronta (como el peruano), establecen consecuencias accesorias para las personas jurídicas cuando se cometan delitos en su seno.

Vamos a analizar los dos campos en los que se ha reconocido sin ambages la aplicación de sanciones a las personas jurídicas:

1. La responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema sancionador administrativo

Como ya se ha tenido ocasión de expresar, en el campo del Derecho Económico existe una sinergia entre el recurso penal y el recurso administrativo. De hecho, el traspase de una rama del ordenamiento jurídico a otra es usual y no plantea problemas. La dificultad de este traspase se centra precisamente en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que existe la contradicción en nuestro ordenamiento jurídico de empresas que pueden ser sancionadas administrativamente por infracciones menores y, cuando son más graves, no cabe responsabilidad penal para las mismas[60]. Es en este punto, donde cabe reflexionar sobre el escollo más importante para asimilar las responsabilidades, que no es otro que el principio de culpabilidad para las personas jurídicas.

A propósito el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC 246/1991, en su fundamento jurídico 2: «Al respecto debemos recordar

---

de modelo para la construcción de un sistema de imputación a la propia persona jurídica.

58 Vid. DELMAS-MARTY/ VERVAELE (Eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I, II, III y IV, Intersentia, 2002, 2001.

59 Esto sucede en Italia y Portugal especialmente, donde la legislación especial en materia de ilícitos económicos es copiosa y en ella se sanciona a empresas. Lo mismo ocurre en países de América Latina.

60 Es el caso de delitos tributarios que tienen una cuantía mínima.

ahora que si bien es cierto que este TC ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990)». Prosigue la STC 256/1991: «...Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990)... Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas y se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz»[61]. Esta sentencia, sin duda, sienta las bases de una responsabilidad directa de las personas jurídicas, delineando criterios subjetivos de imputación a partir del bien jurídico protegido y de la capacidad infractora de los sujetos a que se dirige la norma[62].

El tema de fondo es que en el Ordenamiento Administrativo sancionador nos vemos ante la disyuntiva de sancionar a las personas jurídicas

---

61 Fundamento jurídico N.º 2. Vid. comentarios de NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios (Derecho Penal Europeo)*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 205-209. También LOZANO, «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991)», *Revista de Administración Pública*, N.º 129, 1992, especialmente pp. 115 y ss.

62 Los alcances concretos de estos postulados se verán más adelante.

por la mera infracción (responsabilidad objetiva), o tendremos que delinear elementos de imputación subjetiva (dolo o culpa, y culpabilidad) para sancionarla, es decir, trasladar las construcciones de esta categoría del Derecho Penal. Como no es posible la primera alternativa, esto es, sancionar soslayando la garantía de que, por lo menos la persona jurídica habrá realizado la infracción imprudentemente, porque con ello se le estaría conculcando derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva[63], necesariamente tendrá que darse la segunda alternativa, esto es, pensar en criterios de imputación subjetivos para los entes colectivos, que en estos momentos representan los agentes económicos y sociales fundamentales de la Sociedad.

2. *Las consecuencias accesorias*

En realidad, la incorporación en el CP de 1995 de «consecuencias accesorias» aplicables a las personas jurídicas, supone que el legislador ha soslayado una discusión de fondo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo una serie de medidas aplicables a las mismas, sin regular bajo qué criterios se imponen ni cómo. Esto es, acogiendo una demanda de necesidad de responder ante la creciente criminalidad que se efectúa bajo el manto de las personas jurídicas, el legislador dispuso una serie de consecuencias, dejando de lado las reglas de aplicación, problema al cual ahora nos enfrentamos crudamente. Para no comprometerse dogmáticamente, utilizó el término de «consecuencias accesorias», creyendo con ello obviar la discusión de fondo.

Hay que reconocer que la introducción en la Parte General de unas medidas para las personas jurídicas, junto con el decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente (arts. 104 y 105 CP) responde a una

---

63 La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas es un tema también hoy discutido en el Derecho Constitucional. La CE no ha contemplado ninguna disposición al respecto, pero el TC ha reconocido, en relación a ciertos derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva, la titularidad de las persona jurídica. Cfr. FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 62: «...la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de éstos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones. De este modo se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de derecho privado (art. 18.2 CE). Cfr. sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre».

tendencia actual dentro de la política criminal moderna que, incidiendo en los fines preventivos de la pena, pone énfasis en el tipo de sanciones a aplicar, sin reflexionar detenidamente sobre el supuesto de hecho desencadenante de dicha consecuencia jurídica[64]. Bajo esta tendencia, el desarrollo de sanciones no personales, de tipo patrimonial ha sido espectacular, especialmente después de lo atentados del 11 de septiembre de 2001[65]. Ello va en congruencia, también, con el auge de la criminalidad de grupo, especialmente la criminalidad organizada y de tipo empresarial, vinculadas al lucro ilícito, a las que se intenta hacer frente con medidas de embargo de su patrimonio[66], con el objeto de estrangularlas económicamente y así impedir u obstaculizar el ciclo económico de las actividades ilícitas.

Creo que no es conveniente centrarse en la discusión sobre la naturaleza jurídica de las mismas, sino más bien establecer *los presupuestos para su aplicación*. En realidad, dado que se trata de medidas aplicables a las propias personas jurídicas por un juez penal, dentro de un proceso penal, por la comisión de delitos (hechos punibles), y tenemos

---

64 Tal cambio de perspectiva se debe a las demandas actuales político-criminales de satisfacer y reparar los intereses de la víctima, mientras que hasta ahora la pena se había centrado en sus efectos preventivo-generales para el autor y la Sociedad. Cfr. DÖLLING, «Die Weitwerentwiclung der Sanktionen ohne Freiheitsetzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1994, p. 265. En otros ámbitos delictivos también se observa esta tendencia, que demuestra el desencanto de los fines resocializadores y el aumento de la sensibilidad de la opinión pública por el riesgo y la seguridad. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», AA. VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. 1, Univ. Castilla La Mancha/ Univ. de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 701. Más adelante este autor señala (p. 707): «El debate acerca de las consecuencias jurídicas específicas de la sociedad de la inseguridad no ha hecho, probablemente, más que empezar».

65 Destacan en este ámbito las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional, por la Comisión europea (Documento 501PC0596), la cual ha propuesto una serie de medidas para enfrentarlo, atajando la financiación de las organizaciones terroristas, sin que existan criterios claros de atribución de responsabilidad, que previamente sirvan para determinar cuándo estamos ante una organización terrorista, con clara merma de la seguridad jurídica y del derecho de asociaciones.

66 Cfr. VERVAELE, «Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?, *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 67, quien pone de manifiesto la tendencia de las normas internacionales y especialmente europeas, orientadas a perseguir el patrimonio criminal, mediante el embargo y la confiscación, con clara influencia del modelo norteamericano, configurándose ésta última como sanción independiente.

un sistema penal basado en la responsabilidad personal, nos enfrentamos ante una serie de problemas que es importante dilucidar para lograr una cierta seguridad jurídica, necesaria si se quiere alcanzar los efectos preventivos invocados por la norma.

Considero importante, al menos, llegar al consenso sobre los siguientes temas:

1. ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar?

2. ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de una consecuencia jurídica: la responsabilidad individual de una persona o de la propia persona jurídica?

3. ¿Qué principios rigen el proceso de imposición de las consecuencias accesorias?

4. ¿Cómo se ejecutan estas consecuencias accesorias?

Para esclarecer dichas cuestiones debe abordarse los alcances de los fines que el legislador pretende lograr con dichas medidas, esto es, qué objetivos pretende cumplir dentro del sistema de penas del ordenamiento penal. Un Derecho Penal orientado por el fin (*Zweckrationalität*), sólo puede encontrar respuesta a las cuestiones fundamentales de sus instrumentos penales indagando qué objetivos político-criminales persigue con ellos. En suma, el *fundamento* de las consecuencias accesorias se halla en sus fines, en lo que con ellas se pretende alcanzar.

Esta mención de ley ha dado pie a entender como fundamento de las mismas, el fin de prevención especial perseguido con estas medidas. En efecto, hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia de entender que las medidas de intervención deben estar encaminadas a evitar la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos, por tanto, este fin debe ser expresado en la motivación de la sentencia, vinculando la medida al fin perseguido[67]. Sin embargo, cuando pretendemos desentrañar qué actividad delictiva se pretende prevenir, la de la persona jurídica o la de sus miembros, los acuerdos ya son mucho menores. Creo que este es un tema fundamental para establecer si el supuesto de hecho se refiere a la responsabilidad de la propia persona jurídica o de las personas que actúan bajo su amparo.

---

[67] Cfr. por todos PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (DIR.), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 627-628.

En la medida que la norma de determinación está vinculada no a la voluntariedad del comportamiento humano, sino a los destinatarios de la norma (*Normadressaten*), lo importante es a quién se pretende motivar con la misma. Es decir, a qué sujetos motivables se dirige la norma[68]. De hecho, la mayoría de delitos socioeconómicos se dirige a la contención de riesgos en el ámbito de empresas, como los delitos laborales, financieros, societarios, contra la libre competencia, etc. Incluso puede sostenerse que las empresas y otras asociaciones, por moverse en el mundo jurídico y económico, son sujetos enormemente motivables pues sus comportamientos se rigen por la reputación, la fama, en suma la fiabilidad de sus consumidores[69].

En todo caso, considero que debe distinguirse dos supuestos muy distintos[70] desde el punto de vista teórico, aunque en la práctica muchas veces las fronteras se diluyen:

1. La persona jurídica es un mero instrumento en manos de unos sujetos individuales que poseen fines criminales.

2. La persona jurídica posee fines lícitos, pero por un defecto de organización pone en peligro o lesiona bienes jurídicos importantes.

---

68 En sentido similar BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 368; ZUGALDÍA, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)», en QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 889.

69 De hecho los escándalos económicos de los últimos tiempos en los Estados Unidos, Casos Enron, Ercross, han dado lugar a una crisis de fiabilidad tal en los consumidores que ha revertido en una caída de los mercados bursátiles. Incluso, se han tipificado nuevos delitos de control de entidades financieras para atajarlos. Ello prueba que las empresas se mueven por su reputación y que ésta es fundamental para sus logros económicos.

70 Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*... cit., pp. 230-233. Siguiendo a LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtsysteme... cit., 1994, pp. 706-713, quien hace esta clasificación de injustos de sistemas complejos, aunque considera los dos supuestos enunciados más un tercero que sería el caso de las corporaciones criminales estatales (aparatos de poder organizados), a las que se les puede dar el mismo tratamiento que el de las asociaciones ilícitas, pero criminológicamente tienen algunas peculiaridades. A los efectos de la aplicación de las consecuencias accesorias que nos interesa, para las que claramente están fuera del supuesto de hecho las organizaciones estatales, nos basta con ambos supuestos.

En el primer caso, la instrumentalidad de la persona jurídica es clara y se configura como un objeto peligroso en manos de unos sujetos que actúan dolosamente. Este actuar es propio de la criminalidad organizada que crea, mantiene, transforma y disuelve sociedades según le sea los fines ilícitos. En estos casos es de aplicación el tipo penal de asociaciones ilícitas del art. 515 CP. Nótese que en este supuesto está claro que finalidad de la norma es prevenir la continuidad de la propia asociación, en tanto organización que tiene como fines o medios la comisión de delitos[71].

Distinto es el supuesto en el que una persona aprovecha el contexto de una persona jurídica para cometer un delito o éste se produce por un defecto de organización o por políticas de empresa que desbordan los riesgos para bienes jurídicos. En estos casos es más fácil ver que la persona jurídica no es un mero instrumento en manos de unos determinados sujetos, sino que se produce **un injusto de organización**, esto es, una lesión a bienes jurídicos fruto de un contexto de organización defectuosa[72]. Ejemplo de éstos serían los delitos por infracción de las normas de prevención de accidentes laborales, los delitos contables de los casos Enron o Ercross, etc. Parece claro que aquí sí estamos ante actividades de empresa que se pretenden prevenir (defecto de organización, omisión por los delitos cometidos por los subordinados, etc.).

El principal problema de las consecuencias accesorias del art. 129 es que parecen requerir previamente la imposición de una sanción a una persona individual[73], lo cual daría lugar a una práctica inaplicabilidad de las mismas, puesto que precisamente individualizar responsabilidades, como se ha visto, es la principal dificultad. Como es lógico, esta interpretación constriñe prácticamente la aplicación de las mismas, puesto que habrá que probar la responsabilidad penal de un autor para proceder a aplicarlas.

---

71 Cfr. REAÑO PESCHIERA, «Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita», en SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista, Lima, 2002, p. 300.

72 Sobre los problemas concretos de injusto, culpabilidad y penalidad Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*... cit., pp. 227-245.

73 Es lo que ha entendido la jurisprudencia y doctrina mayoritaria.

Sin embargo, la jurisprudencia última de suspensión de las actividades del partido político vasco, el Auto de 8 de octubre de 2002 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que confirma el auto de 26 de agosto de 2002, parece admitir la tesis de una responsabilidad de la propia organización, independiente de la de sus miembros. El auto reconoce la tesis de que «bien puede ocurrir que durante la instrucción del proceso queden antes evidenciadas las actividades delictivas en el seno y en el objeto real de la organización, y una vez descubiertas, se puedan perfilar nítidamente los indicios racionales de criminalidad en personas individuales». Esto es, respecto a las vinculaciones entre responsabilidades individuales y responsabilidad de la organización, si bien lo normal es que la responsabilidad penal de sus miembros denoten la responsabilidad de la organización, no se puede desdeñar la posibilidad de que antes de comprobar la responsabilidad penal individual queden evidenciadas las actividades delictivas de grupo y en el objeto real de la organización.

Mientras no se resuelvan todos los extremos apuntados, el fin político-criminal preventivo de las consecuencias accesorias será prácticamente nulo.

V. LA CONSTRUCCIÓN DENTRO DEL PROPIO DERECHO PENAL O UN MODELO PARALELO

En realidad, dentro de las opciones posibles para imputar responsabilidad penal al propio ente, las dos soluciones fundamentales que se plantean son[74]: a) utilizar los mecanismos de imputación existentes en

[74] Según BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*... cit., p. 359, las soluciones que pueden proponerse son: a) rebajar las exigencias del principio de culpabilidad; b) elaborar un sistema específico de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, c) desviar al ámbito del Derecho Administrativo o Civil. De acuerdo a esta propuesta, descartaría las opciones a) y c). La primera, porque ya se ha visto que es posible conciliar el principio de culpabilidad con la responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y, más bien, se ha insistido en la necesidad de equiparar principios —relativamente, en función del bien jurídico— en todo el orden sancionador, a partir del paradigma penal. La segunda, porque ya se ha puesto en evidencia que la prevención de la criminalidad, para los casos graves, debe estar siempre en manos del orden penal, ya sea que sea cometida por persona física o jurídica.

la dogmática penal, los cuales demostrarían una funcionalidad incluso para sancionar penalmente a las personas jurídicas; b) diseñar un sistema nuevo de imputación penal para el propio ente, construyendo categorías y principios especialmente elaborados a partir de las características de las organizaciones complejas.

Creo que la opción a) tiene estructuralmente sus límites teóricos. La flexibilización de las categorías de la omisión, la posición de garante, la imprudencia, la imputación objetivo para hacer responder a los directivos de empresas por casos de responsabilidad por el producto, puede tener un efecto perverso, contaminador de todo el sistema penal.

Concretamente, la teoría de la autoría y participación, ha sido diseñada a partir de la individualización de un sujeto (accesoriedad de la participación), que ha realizado el comportamiento con dolo. Prueba de ello, es que a pesar de las transformaciones sufridas en los últimos tiempos, en que se ha pasado de categorías que valoraban la contribución causal al hecho para individualizar responsabilidades, a construcciones en las que la responsabilidad se fundamenta en la previsión de cuidado, muy próximas a la teoría de la imputación objetiva, todavía no existen consensos suficientes en la participación de los delitos imprudentes[75] y los de omisión[76], principales formas de conductas que ocurren en la criminalidad de empresa. La complejidad de sucesos que dan lugar a la realización de delitos en sistemas organizados, aunada a la falta de acuerdo de la doctrina sobre la responsabilidad en la autoría y la participación, principalmente en materia de participación imprudente en que es mayoritaria la tesis de la impunidad, nos plantean un panorama bastante desolador para la seguridad jurídica que debe presidir la intervención penal[77] y grandes posibilidades de lagunas de punibilidad. De ahí que muchas veces, los denunciados problemas probatorios en estos casos, sean en realidad verdaderos problemas de deficiencias en los criterios de imputación.

---

[75] Incluso se plantea la impunidad de la participación en los delitos imprudentes de *lege lata*: Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I.*, Madrid, 1996, p. 501; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 109-110.

[76] Vid. epígrafe precedente el modelo de la responsabilidad del titular de la empresa.

[77] Como previene CARBONELL, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 2.ª ed., el peligro de la dogmática de llegar a distintas soluciones según el sistema que se adopte, le despoja de su función básica de dotar de criterios seguros al juez.

La opción b) de creación de un modelo paralelo de responsabilidad a la propia persona jurídica, al lado del ya existente de responsabilidad, permite cerrar el círculo de la relación responsabilidad individual y responsabilidad de la organización[78].

Abona en favor de la tesis que debe abordarse los fenómenos de delitos cometidos en sistemas complejos en clave de sistema, empresa u organización, el hecho constatado científicamente, de que los peligros y lesiones de bienes jurídicos dentro de una empresa, son la mayoría de las veces resultado de defectos de una serie de conductas atribuibles a la organización de la propia empresa (políticas de empresa), que no pueden individualizarse en una concreta decisión de una concreta persona, sino en una deficiencia de largos años de falta de cuidado del riesgo consciente[79]. En efecto, estudios hechos por los norteamericanos sobre delitos en corporaciones (*Corporate crime*), han puesto de manifiesto que los mismos se producían por una serie de políticas de la propia empresa, mala organización, incumplimiento de normativas, falta de vigilancia, lo cual aunado a otros factores hacían que los riesgos aumentasen hasta desencadenar la lesión a bienes jurídicos[80].

Los estudios sobre teoría de la organización, no solo ponen en evidencia los cambios en el comportamiento individual dentro del seno de organizaciones, sino también que puede hablarse de un comportamiento organizacional. Hoy en día se comprende a la organización como un sistema que influye en el comportamiento de los individuos, tratándose de un comportamiento organizacional[81].

1. Problemas de injusto y culpabilidad del modelo

Veamos los principales problemas con que se topa un modelo de responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

El primer escollo con el que una imputación penal al propio ente colectivo tropieza, es el considerar que la propia persona jurídica es

---

78 Siguiendo a LAMPE, HEINE, TIEDEMANN y BAIGÚN.

79 Cfr. OTTO, «Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen», *Jura*, 8, 1998, p. 416.

80 Cfr. WELLS, «Corporations: culture, risk and Criminal Liability», *The Criminal Law Review*, 1993, pp. 558-567.

81 Cfr. MOUZELIS, *Organización y burocracia...* cit., p. 158. De ahí que sean importante los problemas de poder y de conflictos entre grupos.

capaz de realizar una acción penalmente relevante, sino siempre son sujetos individuales los que actúan por las corporaciones. A esta postura, por cierto asentada prácticamente como un dogma en la doctrina[82], cabe oponerle las siguientes objeciones:

Primero, desde concepciones ontológicas de la acción penal, fundadas en un injusto personal como infracción de la norma de determinación (entendida como voluntariedad), es imposible salir del círculo vicioso que supone el razonamiento tautológico siguiente: la acción penal es un comportamiento humano final (voluntariedad), por tanto las personas jurídicas no son capaces de realizar una acción penal[83]. Es decir, partiendo del principio que sólo las conductas de personas físicas son penalmente relevantes, no es posible, en ningún caso, replantear, de manera crítica, la posibilidad de que las sociedades delincan. De ahí que por este camino la discusión estaría en un «callejón sin salida», pese a que en la realidad constatáramos criminológicamente la incidencia de la criminalidad realizada por corporaciones.

Segundo, hoy en día las concepciones actuales no centran la discusión de la responsabilidad penal en el problema de la acción, pues este concepto ha resultado con poco rendimiento, para determinar qué es relevante penalmente[84]. A lo más, la teoría de la acción ha servido para

---

82 Para la doctrina dominante y la manualística española las personas jurídicas no son capaces de realizar una acción penal. Cfr. por todos GRACIA MARTÍN, «La responsabilidad penal de la propia persona jurídica.», *Actualidad Penal*, 1993, pp. 603 y ss., las personas jurídicas no son sujetos capaces de acción penal porque no pueden ser objeto de la norma de determinación. También la mayoría de los manuales parten de la incapacidad de acción penal de las personas jurídicas para negar su responsabilidad penal Vid. por todos: BERDUGO/ ARROYO/ GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ/ SERRANO-PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 115.

83 Recordemos que esta concepción responde al método finalista, según el cual el objeto de conocimiento determina el método y, por tanto, el comportamiento humano, que es el objeto, es el «sustrato fáctico». De cómo desde el ontologismo tampoco puede replantearse el problema de los elementos del dolo Vid. últimamente, LAURENZO, *Dolo y conocimiento,* Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 105. Desde posturas ontologistas, HIRSCH, «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1993, p. 1106, para quien las acciones de sus órganos, son también acciones propias de las asociaciones, quienes son destinatarias reales de los deberes jurídicos.

84 Cfr. MARINUCCI, *El delito como «acción». Crítica de un dogma*, trad. de Sáinz-Cantero Caparrós, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 14.

establecer qué **no es acción penalmente relevante**, cumpliendo más bien una función negativa, de exclusión del injusto, como lo estableciera Beling[85]. Las posturas teleológico funcionalistas que hoy son dominantes, centran ese «punto de arranque» en el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, la cual está condicionada por los fines político-criminales de la norma penal, esto es prevención y protección de bienes jurídicos. De manera que la determinación de lo jurídico-penalmente relevante es una valoración sustentada en esos paradigmas y que representan una dañosidad social grave evitable plasmada en la ley penal. La acción penal ha dejado de ser el «punto de arranque» de la imputación penal, porque hoy en día es sumamente compleja, intervienen una serie de factores naturalísticos, fortuitos, antropológicos, biológicos, psíquicos en el actuar humano, por lo que no podría establecerse un sustrato común que responda a la realidad fenomenológica de la criminalidad actual. Desde estos presupuestos, teniendo en cuenta que la realidad criminológica nos enseña que los ilícitos se realizan muchas veces en contextos colectivos, donde los intervinientes son sujetos colectivos y existe una complejidad de nexos causales, lo importante no es «la acción penalmente relevante», sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos importantes)[86].

En suma, si se entiende como modernamente suele entenderse el hecho penalmente relevante, como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, esto es, que son motivables por dicha norma, no existe inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de delitos o ser capaces de realizar una acción penal.

En realidad, el escollo dogmático más importante que existe para sancionar penalmente a las asociaciones y, por tanto, establecer como supuesto de hecho de las consecuencias accesorias la realización de una

---

85 Cfr. MARINUCCI, *El delito como «acción, Crítica de un dogma*... cit., p. 16; JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*... cit., p. 93.

86 Concepción dominante, por otro lado, en la teoría de la imputación objetiva, cuya discusión ha ocupado buena parte de los últimos años. Vid. por todos, ROXIN, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, trad. de Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 109 y ss. ROXIN, «Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho Penal», en ROXIN, *Dogmática penal y Política Criminal*... cit., p. 27.

conducta de organización, es que se considera que de éstas no se puede predicar el *dolo o la culpa*, elemento esencial de toda infracción penal. Es decir, las personas jurídicas carecerían de los elementos subjetivos para imputar una sanción en clave penal. Esta postura de imposibilidad conceptual de elementos subjetivos en la persona jurídica se basa en una concepción de los mismos a partir de la persona humana, concretamente a partir de la *voluntad humana*. A ello cabe responder con dos argumentos concretos. Primero, sí es posible concebir elementos subjetivos en empresas y organizaciones. No sólo la práctica real de la imposición de sanciones a empresas por el Derecho de la Libre Competencia de la UE, sino también desde el punto de vista doctrinal se puede concebir una construcción de dolo o culpa de organización. El dolo, superando el elemento volitivo, puede conceptuarse como la *conciencia del riesgo para los bienes jurídicos*; y la culpa, se puede concebir como la *ausencia de conciencia evitable del riesgo para bienes jurídicos*[87].

En lo que respecta a la culpabilidad, o las características que debe poseer el sujeto para que responda penalmente, desde el momento en que la responsabilidad penal o la imputación personal de culpabilidad ya no es entendida como reprochabilidad por no haber actuado de otro modo (fundada en el libre albedrío), sino normativamente, desde el punto de vista social, puede dar respuestas satisfactorias al fenómeno de la delincuencia asociacional.

Si actualmente se considera que el contenido material de la culpabilidad está asociado a las funciones de la pena, esto es, prevención general y prevención especial, la atribución de responsabilidad penal es un problema de lineamientos de merecimiento y necesidad de pena por parte del legislador en base a capacidades para ser destinatarios de la norma penal. Las personas jurídicas son los principales destinatarios de las normas penales de los delitos socioeconómicos y no es posible desconocer su capacidad de motivación. Para una empresa, la fama, el buen nombre, el prestigio es muy importante para competir en el mercado, por lo que una sanción pública puede tener claros efectos preventivos.

---

87 Siguiendo la teoría del Tribunal de Justicia de Comunidad Europea para los delitos contra la libre competencia se han desarrollado estos conceptos, teniendo en consideración la teoría cognitiva del dolo (LAURENZO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, *passim.*), Vid. más ampliamente ZÚÑIGA, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas...* cit., pp. 237-239.

VI. CONCLUSIONES: DE LA DECONSTRUCCIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

El proceso de revisión del principio *societas delinquere non potest* que está sufriendo en los últimos tiempos no es más que una consecuencia del auge de una criminalidad organizada, empresarial, económica, transnacional que está demostrando un amplio poder criminógeno. Las vinculaciones entre criminalidad de empresa y criminalidad organizada encuentran como núcleo de interrelación a la empresa, como agente social en el que se encuentran el mundo del tráfico lícito e ilícito. Los escándalos financieros de los últimos tiempos, las organizaciones financieros que sirven de soporte al terrorismo, los desastres ecológicos, son todos delitos que se cometen en el seno de una organización empresarial, con vinculaciones con organizaciones ilícitas.

Las dificultades que conlleva la individualización de responsabilidades da lugar a serias lagunas de punibilidad. La *deconstrucción* o cuestionamiento de los modelos de responsabilidad individual ponen evidencia sus deficiencias, puesto que no sólo no atacan la actitud criminal del grupo o los defectos de organización que ponen en riesgo los bienes jurídicos, sino que tampoco colman los efectos preventivos esperados por la norma penal dada su escasa aplicabilidad.

La construcción de un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica paralelo a la responsabilidad individual, permite distinguir cuando un ilícito es cometido por una persona física que se sirve de una persona jurídica y cuando se trata de un ilícito de organización, un tipo de criminalidad de grupo. Los estudios sobre teoría de la organización confirman la necesidad de indagar por este camino, pese a las dificultades aún existentes. Sólo así podremos hacer frente con eficacia a la macrocriminalidad que demuestra su extraordinario poder criminógeno, sin soslayar garantías básicas de un Estado de Derecho.

Las transformaciones que se están produciendo en el sistema de penas, en el que se incorporan sanciones no personales como la pena privativa de libertad, y la mayor valoración de los bienes jurídicos socioeconómicos, abonan en la dirección de reflexionar sobre nuevas soluciones para nuevos problemas.

Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

Patricia Faraldo Cabana
Profesora titular de Derecho penal
Universidad de A Coruña

Sumario: I. Determinaciones previas. II. El Derecho penal del enemigo. III. Las reformas sustantivas en la duración y ejecución de la pena privativa de libertad. IV. Las reformas procesales en materia de ejecución de la pena de prisión. V. Efectos retroactivos de la reforma. VI. Conclusiones.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

El día 2 de julio de 2003 entró en vigor la Ley Orgánica (en adelante LO) 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE). Su confesado propósito, según la Exposición de Motivos, es «perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respecto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución. Pero además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad». En este trabajo analizaré qué medios se han dispuesto para

lograr una mayor eficacia en esa lucha contra la criminalidad, centrada en «las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad». Estos medios son, fundamentalmente, la modificación del límite máximo absoluto de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años, y la creación de obstáculos para que determinados delincuentes accedan al tercer grado y a la libertad condicional, lo que puede suponer que esos cuarenta años lo sean de cumplimiento efectivo, esto es, sin permisos y sin acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Y, como veremos, para llegar a este objetivo lo que se ha hecho es debilitar los principios de seguridad jurídica y de igualdad.

La presencia activa de una organización terrorista en nuestro país ha llevado a que, desde hace años, se sitúe en el centro de la discusión político-criminal la cuestión acerca de cuáles son las medidas penales más efectivas para hacerle frente. De hecho, ésta no es la primera reforma que experimenta el Código penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo. Por un lado, la LO 2/1998, de 15 de junio (BOE de 16 de junio), por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alteró los arts. 170 y 514 CP así como el art. 790.1 LECrim con el fin, según su Exposición de Motivos, de proporcionar instrumentos más claros y efectivos para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la violencia callejera entendida como nueva forma de terrorismo. Por otro lado, la LO 7/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, modificó los arts. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 577, 578 y 579 CP, señalando la Exposición de Motivos que «los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban». Ya me he pronunciado en su momento acerca de

la utilización simbólica del Derecho penal en estos cambios legislativos, por lo que no incidiré de nuevo en el tema[1]. Sí me parece necesario subrayar que al hilo de estas reformas en materia de terrorismo, que en España suscitan un apoyo mayoritario entre la opinión pública y los partidos políticos de implantación nacional, tanto los proyectos de modificación de la legislación procesal y penal actualmente en tramitación, como las reformas procesales y penales ya en vigor[2] y la reforma

---

1 Vid. DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 7, 2002-1, pp. 119 ss. Efectúa un interesante estudio crítico de esta reforma RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi", *Revista de Ciencias Penales*, n.º 4, 2001-2002, pp. 89 ss.

2 Ofrece una detallada relación PORTILLA CONTRERAS, G., "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado de 11 de septiembre de 2001", *Mientras tanto, n.º* 83, 2002, pp. 77-78, donde cita como hitos relevantes que "se han convertido los tipos actos preparatorios en tipos autónomos; se ha creado la figura del terrorista "individual" (LO 7/2000, de 22 de diciembre); se ha sancionado la libertad ideológica y la de expresión (LO 7/2000, de 22 de diciembre) e infringido, asimismo, la actual Ley General penitenciaria al imponer la dispersión de presos nacionalistas". En materia procesal, "se aprobaron Leyes Orgánicas que suprimieron garantías básicas de los detenidos y presos". Vid. en particular la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE de 27 de octubre), comentada cuando se encontraba en fase de Proyecto en FARALDO CABANA, P., "El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", *Actualidad Penal*, n.º 25, 16 al 22 de junio de 2003, marginales 635 ss. En Alemania son particularmente llamativas las normas elaboradas desde 1992 en materia de lucha contra la delincuencia organizada, caracterizadas por permitir cada vez mayores intromisiones en la libertad y la intimidad de los sospechosos: la Ley de lucha contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada (OrgKG, *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*), de 17-7-1992 (BGBl. I p. 1302); la Ley contra el blanqueo de dinero (*Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten*), de 25-10-1993 (BGBl. I p. 1770); la Ley de lucha contra la delincuencia (*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze*), de 28-10-1994 (BGBl. I p. 3186); la Ley de lucha contra la corrupción (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*), de 13-8-1997 (BGBl. I 2038); la Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada (*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*), de 9-5-1998 (BGBl. I p. 845), entre otras. Legitima estos cambios LESCH, H., *Strafprozeßrecht*, Kriftel, Luchterhand, 1999, pp. 98 ss., 150 ss. Pone condiciones para aceptar su legitimidad, sin excluirla de principio, SCHNEIDER, H., "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei

penal que es objeto de este comentario aprovechan para meter en el mismo saco del terrorismo la delincuencia organizada y los delitos graves, lo que pone de manifiesto la capacidad expansiva de esta legislación de excepción. También se ha de tener presente que la actual reforma se enmarca en la "guerra"[3] contra el terrorismo emprendida por Occidente tras el ataque contra las Torres gemelas de Nueva York de 11 de septiembre de 2001, ataque que ha dado lugar a una reacción mayoritariamente de signo "*pro securitate*" y "*contra libertatem*" en el seno de los Estados y de las sociedades que se han sentido afectadas. En este marco no han faltado voces a favor de aplicar el derecho de guerra en la lucha contra el terrorismo, lo que no significa tanto "civilizar" el Derecho penal, como se quiere presentar interesadamente[4], cuanto desinformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que, se dice, dificultan el castigo de este tipo de criminalidad.

Y es que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos[5] y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya

---

der "Bekämpfung" der Organisierten Kriminalität", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, pp. 511 ss.

3 Sobre el empleo de este término y su significado último, vid. PRITTWITZ, C., "Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg?", en PRITTWITZ, C. y otros (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 499 ss. En España pone de relieve MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Acerca de las reformas de 2003 al Código penal español", *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, p. 242, que "cualquier escenario de guerra en el que se define al enemigo, lleva a justificar la ruptura de las reglas de juego, de los límites", lo que se demuestra en la penetración de la excepcionalidad en el Derecho penal material y procesal, que "expande la noción del enemigo y al irle privando de garantías lo va definiendo como no-persona".

4 En este sentido, cfr. SCHNEIDER, H., "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?", cit., pp. 499 ss.

5 Tanto que en ocasiones rozan, si es que no vulneran, la libertad de expresión, como ocurre, por ej., con el segundo apartado que se ha añadido al art. 170 CP, en el que se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, "y con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico), de inexcusable atención", según la Exposición de Motivos, que añade además que "una de las finalidades prioritarias de los violentos es la atemorización de la sociedad, para lo cual reiteran actos de desórdenes públicos, violencia callejera, intimidaciones y amenazas. Frente a la gran mayoría de estos actos, el Código Penal otorga a la sociedad protección suficiente, lo que no puede decirse respecto de algunos compor-

presentes en el Código penal parecen ser notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada.

Simplificando una rica y matizada discusión, puede decirse que actualmente se utiliza el concepto de "moderno" Derecho penal en dos sentidos bien diversos. Por un lado, la Escuela de Francfort lo emplea en contraposición al concepto de Derecho penal "liberal" o "clásico", para referirse críticamente al reciente fenómeno de expansión del objeto del Derecho penal más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos, y que lleva a la perversión del concepto de bien jurídico, que de ser un límite de los procesos de criminalización se habría convertido en su justificación, a la exacerbación de la idea de prevención, con el consiguiente adelantamiento en la intervención penal, y a la absolutización de la orientación a las consecuencias, que convierte al Derecho penal en mero instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a la ciudadanía respecto de ciertos temas[6]. Por otro lado, diversos autores reivindican el adjetivo

---

tamientos genéricos de intimidación que se llevan a cabo mediante el anuncio o reclamo de actuación de grupos terroristas, intimidaciones que se sitúan técnicamente entre la amenaza y la apología, sin corresponderse estrictamente con ninguna de estas figuras delictivas". A pesar de estas palabras del legislador no debemos partir de la aceptación incondicionada de un ámbito injustificado de impunidad anterior a la reforma. Nos encontramos ante un tipo penal a caballo entre las amenazas y la apología, si bien más cerca de ésta que de aquéllas, con lo que se contagia de las críticas que cabe realizar frente a la apología desde un punto de vista garantista *defensor de las libertades de expresión y de opinión*. De este nuevo apartado del art. 170 CP ya se ha dicho que es ejemplo "de la tendencia de nuestro legislador, ya comentada en otros apartados, de huida hacia el derecho penal, lo cual redunda en la laminación de las exigencias propias del principio de conservación de las leyes penales máxime si estas son particularmente recientes como es el caso del Código Penal; por otra parte..., la ausencia de una línea político-criminal definida que evite el recurso a tipificaciones que obedecen más a exigencias estrictamente coyunturalistas que a una seria reflexión de cómo abordar el fenómeno terrorista, todo ello redunda en una política criminal errática que en la mayoría de los casos incrementa más que resuelve problemas de notable calado". PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 256-257.

6 Cfr. HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., "Viejo y nuevo Derecho penal", en HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 22 ss. Sobre la dialéctica de lo moderno, vid. HASSEMER, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts",

"moderno" para un Derecho penal que, en consonancia con la evolución del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho, ha cambiado su objeto de referencia, pues de prestar atención casi exclusiva a la delincuencia patrimonial de las clases bajas se ha pasado a la criminalización de las actividades ilícitas de las clases media y alta, interviniendo en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen del Derecho penal liberal, además de hacer frente a nuevos riesgos que amenazan a bienes jurídicos supraindividuales o con nuevas formas de ataque a los tradicionales bienes jurídicos individuales. Estos autores critican con contundencia, y a mi juicio con razón, la identificación del modelo del Derecho penal liberal propio de la Ilustración con lo clásico en el sentido definido y pretendido por HASSEMER, y en su discurso defienden la legitimidad de la expansión del Derecho penal sin flexibilización de ningún tipo de las reglas penales de imputación ni relativización de los principios político-criminales de garantía[7].

Zeitschrift für Rechtspolitik, 1992, pp. 378-379; del mismo autor, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1992, pp. 235 ss.; del mismo autor, "Strafgerechtigkeit - Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns", en HAFT, F., y otros (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 85 ss. Vid. un análisis crítico de la posición de HASSEMER en MÜSSIG, B., "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema", *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 9, 2002, pp. 169 ss. En la doctrina española asumen esta terminología, entre otros, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 67; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 11, nota núm. 1; de la misma autora, "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 709 ss.

7 Cfr. por todos GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 48 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico penales (especial referencia al ámbito económico)", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y otros (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 395 ss.; SCHÜNEMANN, B., "Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta", en SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 53 ss.

II. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Las medidas penales y procesales antiterroristas y contra la delincuencia organizada y la grave que se están adoptando en España se enmarcan, como he indicado, en una tendencia ya consolidada en el seno del moderno Derecho penal. Pero tanto este desarrollo legislativo como otros aspectos característicos de esa modernidad del Derecho penal no han dejado de ser objeto de enconadas críticas. En España, partiendo de un discurso crítico con la expansión del moderno Derecho penal, se ha propuesto la creación de un Derecho penal de dos velocidades[8].

El Derecho penal de primera velocidad estaría integrado por los delitos pertenecientes al Derecho penal clásico, castigados con penas privativas de libertad, para cuya imposición se exigirían las más rigurosas reglas de imputación y el respeto más exquisito a todos los derechos individuales y garantías procesales y sustantivas que se han ido consolidando en el Estado de Derecho. El Derecho penal de segunda velocidad estaría integrado por los delitos que se han ido introduciendo durante el proceso de modernización, que responden a la aparición de nuevos riesgos en la sociedad globalizada, que no deberían sancionarse con penas privativas de libertad sino con otro tipo de sanciones penales[9], como multas o inhabilitaciones, para cuya imposición se permitiría un menor rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad y una relajación de esos derechos y garantías propios del Derecho penal liberal[10].

---

8 Vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, *passim*. Criticando la evolución del moderno Derecho penal, vid. también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 106-115, 317-318, 373-377, entre otras.

9 No se trata del Derecho de intervención a medio camino entre el Derecho penal y el contravencional, entre el Derecho privado y el público, que para los delitos económicos, contra el medio ambiente, de tráfico de drogas, etc., propone HASSEMER, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", cit., pp. 378 ss., p. 383; del mismo autor, "Crisis y características del moderno Derecho penal", *Actualidad Penal*, 1993, pp. 635 ss.

10 Afirma SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 151, que "ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)".

Pero es que más allá de la propuesta de esas dos velocidades, a mi juicio suficientemente contestada por MARTÍNEZ-BUJÁN[11] y GRACIA MARTÍN[12], se ha cuestionado "si puede admitirse una "tercera velocidad" del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*", llegándose a la conclusión de que "la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable"[13]. Se quiere limitar este Derecho penal de tercera velocidad a la consideración de un "instrumento de abordaje de hechos "de emergencia", siendo expresión de una especie de "Derecho de guerra" en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción"[14]. Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características en el momento actual, se trata de esta forma de darle una legitimidad basada "en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia"[15].

Esta propuesta supone la traslación a nuestro país, no sin matices, del debate que se desarrolla en Alemania en torno a la legitimidad de un Derecho penal de enemigos (*"Feindstrafrecht"*), expresión con la que JAKOBS, su creador, alude "a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho

---

[11] Quien pone de relieve la incorrección que cometen la Escuela de Francfort y SILVA SÁNCHEZ al proceder a la deslegitimación global de los delitos económicos. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Algunas reflexiones", cit., pp. 408 ss. También en este sentido SCHÜNEMANN, B., "Del Derecho penal de la clase baja", cit., p. 62, el cual apunta que "el juicio sobre la categoría moderna de los delitos económicos... resulta mucho más diferenciado de lo que nos quiere hacer creer el rechazo global de la Escuela de Francfort".

[12] Autor que se ha lanzado a la defensa de una modernización del Derecho penal sin renunciar a los principios no ya del Estado de Derecho, sino del Estado social y democrático de Derecho. Vid. GRACIA MARTÍN, L., "¿Qué es modernización del Derecho penal?", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y otros (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, cit., pp. 349 ss.; del mismo autor, *Prolegómenos*, cit., pp. 164 ss.

[13] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 163-164.

[14] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 166.

[15] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 166.

penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad"[16]. Esa optimización de la protección de bienes jurídicos se consigue a través del adelanto de la punibilidad que se opera cambiando la perspectiva del Derecho penal de los hechos pasados a los hechos futuros[17], lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico, pero sin que se produzca la rebaja de pena que en principio debería acompañar a la anticipación de la tutela, lo que da lugar a penas desproporcionadas; prescindiendo de ciertas garantías procesales[18]; y soslayando las garantías derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que se desprende del mencionado principio[19]. De centrar la atención en los

---

16 JAKOBS, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en JAKOBS, G., *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, p. 215. El mismo autor en "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-22, puntualiza que no se trata de dos modelos ideales que se lleven a la realidad de modo puro, sino que se trata de mostrar "dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal" (cursivas en el original). El concepto fue introducido en la versión original alemana de este artículo, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 753 ss.; del mismo autor, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, 2/25c; del mismo autor, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995. Vid. la caracterización del Derecho penal de ciudadanos y del Derecho penal de enemigos que realiza DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? —Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung—", *Strafverteidiger*, 6/1988, pp. 263-264, quien en las páginas siguientes ejemplifica en la historia del Derecho penal alemán los avances y retrocesos del Derecho penal de enemigos.

17 Afirma JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en AA.VV., *Escuela de verano del Poder judicial. Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial 20, Madrid, 2000, p. 138, expresamente que "en el Derecho penal de enemigos... se trata de la defensa también frente a agresiones futuras".

18 Por ej., la incomunicación del procesado en situación de prisión provisional se convierte en la regla general en este tipo de delincuencia. Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 139.

19 Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., pp. 137 ss. Vid. la descripción y las observaciones críticas que frente a esta posición realiza SCHULZ, J., "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", *ZStW* 2000, pp. 659 ss.

aspectos objetivos se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo, mientras que "la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos"[20].

En el ámbito del Derecho penal de enemigos se incluyen delitos que, se dice, niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia en las sociedades occidentales[21], como son los crímenes de Estado[22] y los cometidos en el ámbito de organizaciones criminales, incluyendo el terrorismo[23]. Estos delitos presentan importantes dificultades de persecución y prueba, de forma que para su represión se haría necesario relativizar las garantías sustantivas y procesales que han convertido a los Códigos penales europeos en la Carta Magna del delincuente para que pasen a ser la Carta Magna de las víctimas[24]. Se añaden los delitos sexuales violentos cometidos por sujetos irrecuperables, en este caso no porque existan problemas en la fase de investigación, sino porque el Derecho penal actual no estaría preparado para enfrentarse a delincuentes muy peligrosos, pues al estar las penas sujetas al principio de culpabilidad por el hecho y no poder superar la medida de seguridad la duración de la pena que se hubiera impuesto no es posible retenerlos en custodia indefinidamente.

---

20 JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano", cit., p. 40.

21 Obsérvese que se magnifica la amenaza que suponen los fenómenos criminales que se incluyen en el ámbito del Derecho penal de enemigos. Como señala CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" de enemigos?", en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 95, "al menos entre los "candidatos" a "enemigos" de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión —en los términos "militares" que se afirman— los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible".

22 Por ej., NAUCKE, W., "Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität", en SCHULZ, J./ VORMBAUM, T. (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemmann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 82 ss., defiende la necesidad de la existencia de un Derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado, en el que no rijan los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, que a su juicio tienen aquí únicamente el efecto de limitar las posibilidades de éxito en la lucha contra estos delitos.

23 En Alemania preocupa bastante más la delincuencia organizada que el terrorismo, pues en la actualidad no existe un movimiento terrorista radicado en el territorio nacional que atente contra objetivos alemanes.

24 En una muestra de solidaridad con ella, como señala SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 53.

El destinatario de este nuevo Derecho penal no es el ciudadano, sino el "enemigo", por lo que se hace necesario delimitar quién ha de recibir dicho calificativo. El "enemigo", frente al "ciudadano" que delinque ocasionalmente, se caracteriza por haber abandonado de forma duradera y permanente el Derecho, sea a través de su comportamiento (delincuentes sexuales peligrosos), sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada), o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada)[25]. Esta clase de delincuente no puede pretender ser tratado como persona[26], puesto que no ofrece a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona, esto es, no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal, como manifiesta a través de su conducta[27]. Es una no-persona. Aprovecha la desestructuración de una sociedad occidental "que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental", para construir su identidad al margen del Derecho. Frente a él la única reacción posible es la inocuización o neutralización[28], medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva. En efecto, uno de los efectos producidos por la introducción de este nuevo Derecho penal es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas[29], sí habían quedado abandonadas en el discurso penal continental, como la de inocuización[30].

---

25 Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 139.

26 Recordemos que para JAKOBS "la norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo... el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple... sacrificando sus derechos". JAKOBS, G., *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 41. En el pensamiento de JAKOBS la persona desempeña un rol, que es el papel que ha de representar y comunicar con sentido, garantizando a los otros un comportamiento conforme las expectativas, permitiendo que se genere una expectativa social de armonía con la norma.

27 Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 139.

28 Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 140.

29 Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", *DOXA* 15-16, 1994, pp. 1031 ss.

30 Cfr. entre otros SILVA SÁNCHEZ, J. M., "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 233 ss. Como advierte BARATTA, A., "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", *Cuadernos de política criminal*, n.º 24,

Ahora bien, no todo vale en esta "guerra" contra la delincuencia estatal, organizada y habitual[31]. JAKOBS pretende sortear la contradicción que algunos han apuntado entre esta concepción y el art. 1 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz, en adelante GG) hablando de que "es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario"[32], afirmación con la que trata de escapar a las contradicciones internas en las que cae al otorgar capacidad jurídico-penal de acción a una "no-persona", y al utilizar el Derecho para excluir al enemigo del ámbito del Derecho[33].

Y es que en la definición del "enemigo" se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que está arrinconando el significado militar del término[34], que fue preponderante en otros momentos históricos[35]. La

---

1984, pp. 533 ss., el delincuente pasa a ser "portador de una respuesta simbólica... que se realiza 'a su costa'".

31 Las apelaciones a una guerra entre el Estado y el enemigo, cuyo carácter, limitado o total, depende de cuánto sea éste temido, son constantes. Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., pp. 140-141.

32 JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 138. El mismo autor, en "Derecho penal del ciudadano", cit., p. 33, señala que la coacción que ejerce el Derecho penal del enemigo puede llegar hasta la guerra, pero también puede quedar limitada: "en primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos... Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse". El concepto constitucional de persona empleado en el art. 1 GG no coincide con el concepto de persona como papel empleado por LUHMANN.

33 Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., pp. 140-141, donde se comprueba que es consciente de alguna de estas contradicciones. Del mismo autor, "Derecho penal del ciudadano", cit., pp. 25-26, donde señala que "la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción", si bien reconoce que "todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal". Cita en apoyo de su construcción a HOBBES y a KANT, y con matices a ROUSSEAU y a FICHTE.

34 Lo pone de relieve CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" del enemigo?", cit., pp. 87-88. Al hilo de esta cuestión resultan interesantes las consideraciones de Carl SCHMITT en su obra *El concepto de lo político*, acerca de cómo en el sistema de pactos de la política de la segunda posguerra el agresor quedó definido como enemigo, lo que supuso que la estructura conceptual del Derecho internacional se criminalizara aproximándose al Derecho penal: "el enemigo tiene que ser convertido en delincuente". Y, podría añadirse, el delincuente acaba convirtiéndose, a su vez, en enemigo.

35 De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, "enemigo" sólo significa "el contrario en la guerra" en la cuarta acepción. Las tres anteriores aluden al "opuesto

construcción simbólica del concepto se ha utilizado en diversos frentes: en las dictaduras argentina y chilena la caracterización de los disidentes como "enemigos internos" permitió apuntalar la doctrina de la seguridad nacional y la represión; en la lucha contra el cultivo de droga en los países iberoamericanos la noción de enemigo permite justificar el empleo de medios militares en una situación que no es de guerra, entendido este concepto de acuerdo con el Derecho Internacional; el discurso americano del "*nihil medium*", del eje del mal en la batalla contra el bien, supone el uso y abuso de un discurso profundamente hostil frente al "extraño", de imaginería religiosa, que sirve de apoyo a una política de lucha contra el terrorismo que enfoca el fenómeno como una amenaza a toda la sociedad internacional en su conjunto, a las naciones occidentales en particular y al pueblo americano si se quiere concretar más, cuando en realidad nunca ha existido tal peligro global con ese alcance enorme que nos han presentado. La función que cumple la estigmatización de un grupo de ciudadanos como enemigos, por tanto no-personas que dejan de pertenecer a la comunidad de la que se han separado por propia voluntad, es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma: la invulnerabilidad frente a ataques externos en el caso estadounidense, el consenso en torno a la organización territorial de España en el caso de ETA, la efectividad de la política represiva en materia de drogas cuando cada vez se alzan más voces a favor de despenalizar el tráfico en los países occidentales, etc., etc. Con este tipo de reacciones, en particular en materia de terrorismo, se olvida que lo que desea la organización terrorista es que el Estado reconozca la existencia de una guerra y le conceda el status de interlocutor en ella: hablar de paz, de tregua, de guerra contra el terrorismo es hacer el juego a los terroristas, reconocerles una posición al mismo nivel que el Estado. Frente a ello se les ha de negar la excepcionalidad a todos los niveles: no merecen reacciones desproporcionadas desde el Estado porque sólo pueden poner en peligro

---

a una cosa", "el que tiene mala voluntad a otro y le desea o hace mal" y "en el derecho antiguo, el que había muerto al padre, a la madre o a alguno de los parientes de otro dentro del cuarto grado, o le había acusado de un delito grave, etcétera". La quinta es "diablo, ángel que fue arrojado al abismo". Sobre la satanización del enemigo y su utilización simbólica, vid. PORTILLA CONTRERAS, G., "La legislación de lucha contra las no-personas", cit., pp. 83 y ss.

las bases esenciales de la sociedad si la propia sociedad se lo permite percibiendo el riesgo que representan como un peligro real de desestabilización, cuando lo cierto es que por los medios de que disponen y la índole de los ataques que realizan no son más que picaduras de mosquito en la piel de un elefante.

Ya en el plano de la lógica interna, es rechazable que para defender los derechos y garantías individuales se opte por separar una parte del Derecho penal, importantísima tanto por el número de delitos que abarcaría cuanto por su relevancia en la práctica, para que en ella no se apliquen[36]. Se opera una inversión de valores: puesto que el "moderno" Derecho penal se caracteriza, según estos autores, por la existencia de tipos penales abiertos, que tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos con técnicas basadas en el peligro abstracto, sin esperar a la producción de la lesión para afirmar la punibilidad, que renuncian a la imputación individual, invirtiendo la carga de la prueba y despreciando la presunción de inocencia y el principio "*in dubio pro reo*", se propone salvaguardar un núcleo "duro", integrado por los delitos tradicionales contra la persona y el patrimonio, o contra bienes jurídicos no individuales pero ya suficientemente consolidados, como el correcto funcionamiento de la Administración pública, castigados con pena privativa de libertad, abandonando el resto del Código penal a la rebaja, cuando no a la completa negación, de los derechos y garantías individuales. ¿No sería más lógico operar a la inversa? En lugar de conformarse con una situación de disminución de la protección de derechos y garantías para un sector del Derecho penal o para el Derecho de intervención lo que habría que proponer es extender esos derechos y garantías a todo el Derecho penal, sin excepciones. No olvidemos que buena parte de las críticas tienen como punto de partida datos sumamente discutibles. En efecto, la legitimidad de la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales, difusos o colectivos no puede ser negada en el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. La técnica de los delitos de peligro abstracto es perfectamente admisible y legítima según y dónde se ponga

---

[36] JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 56, llega a afirmar expresamente que "un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo", a lo que cabe responder que todavía menos peligroso sería que el Derecho penal no incluyera ningún aspecto del Derecho penal de enemigos.

el objeto de protección, pues en ocasiones se confunden los términos[37]. La utilización de tipos abiertos que se remiten a la legislación extrapenal no tiene que ser cuestionada cuando el núcleo de la prohibición se recoge en el Código penal. Los actuales procesos de criminalización en materias como los delitos económicos y contra el medio ambiente responden a la toma de conciencia respecto de la importancia y gravedad de la delincuencia de cuello blanco para el equilibrio y correcto funcionamiento del mercado y de los sistemas naturales. La llamada "administrativización del Derecho penal"[38] en realidad debe ser entendida como un acercamiento del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal en el plano de las garantías, como en efecto se ha producido, y no como una desformalización del Derecho penal acompañada de una pérdida de garantías. Y aunque no hemos de olvidar que en efecto existen criminales peligrosos frente a los cuales la pena no es respuesta suficiente (piénsese en delincuentes sexuales violentos reincidentes), o fenómenos delictivos que plantean retos especialmente arduos en lo que respecta a la investigación y prueba (delincuencia organizada de tipo mafioso o terrorista), no justifican el cambio de modelo de un Derecho penal de ciudadanos a otro de enemigos.

El discurso contrario al "moderno" Derecho penal, entendido este adjetivo en los términos peyorativos en que lo emplea la Escuela de Francfort, se presenta como defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales cuando no es más que la pantalla tras la cual se oculta la creación de un Derecho penal sin penas privativas de libertad para los dirigentes de empresa[39] y sin garantías pero con penas de prisión desproporcionadamente elevadas para los "enemigos" de la sociedad: terroristas, delincuentes sexuales violentos irrecuperables y delincuentes organizados. Sin duda el Derecho penal de segunda y

---

37 Como apunta POZUELO PÉREZ, L., "Notas sobre la denominada 'expansión del Derecho penal'", *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 9, 2003-1, pp. 21-22, la confusión entre el "si" y el "cómo" de la intervención penal puede restar claridad al debate.

38 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción*, cit., pp. 113 y 374 ss. Sobre ella vid. también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 121 ss.

39 Cuando precisamente está demostrado que la pena que mayor eficacia preventiva tiene en el ámbito de la delincuencia económica es la privativa de libertad. Cfr. entre otros TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 59; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 160 ss.

tercera velocidad puede ser un medio más eficaz[40] en la lucha contra las amenazas, no tan nuevas como se quieren presentar[41], de la sociedad global, al menos desde un punto de vista policial y represivo, no tanto desde una perspectiva de prevención[42]. Pero lo será a costa de disminuir la libertad de todos los ciudadanos y de infringir el principio de igualdad.

---

40 Entendiendo eficacia a la manera en que se entiende desde los Gobiernos, esto es, como un uso masivo e indiscriminado de la prisión tanto en fase preventiva como de ejecución de la condena. Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", *Jueces para la democracia*, n.º 47, julio 2003, p. 9.

41 Delincuencia organizada y terrorismo han existido siempre, al igual que delincuentes sexuales violentos.

42 Salvo que nos limitemos a la perspectiva de la prevención general integradora o positiva. Recordemos que el concepto de prevención general se suele utilizar en dos sentidos diferentes que conviene distinguir: en el sentido más estricto, consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo; en el sentido más amplio, en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación. En la base de la prevención general positiva se halla la consideración de que el Derecho penal no se reduce al mero efecto intimidatorio sobre los delincuentes potenciales, sino que influye positivamente en el arraigo social de las normas; se atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, desde el momento que representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al Ordenamiento jurídico. A partir de esta base se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas. En este sentido, cfr. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 392, o ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, p. 183; del mismo autor, "Sentido y límites de la pena estatal", en ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 24 ss. Para ROXIN, la expresión "prevención general positiva" engloba, además de este efecto de pacificación, un efecto pedagógico originado por el ejercicio de la fidelidad al Derecho, y un efecto de confianza, que se produce cuando el ciudadano ve que el Derecho se cumple: se logra la estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores que establece y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica. Como señala KAUFMANN, Armin, "Die Aufgabe des Strafrechts", en KAUFMANN, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 275, "la así llamada prevención general es socialización para una actitud de confianza en el Derecho". Sin embargo, frente a la cada vez mayor extensión de la concepción de la prevención general positiva considero que, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional de la prevención general como intimidación, "se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redunda en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos". SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 237. También en sentido

Además, como señala MAQUEDA ABREU[43], "la crítica generalizada frente a ésta y otras medidas de exasperación punitiva —como las que propone la reforma penal española de este año— es la de su ineficacia. La investigación criminológica ha demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza mejor la seguridad de las personas. Además, hay que contar con el elevadísimo coste que estas políticas de seguridad representan para el sistema de garantías de nuestros Estados de Derecho".

En conclusión, frente a estas propuestas se ha de reaccionar proponiendo no la limitación de los derechos y garantías individuales a los delitos del núcleo "duro", lo que es manifestación de una política criminal de signo profundamente regresivo[44], sino su extensión a todo el Derecho penal, sin excepciones. Éste es el desafío al que debe enfrentarse la Ciencia del Derecho penal en los próximos años.

En esta labor se ha tener en cuenta la necesidad de evitar el peligro de caer en la tentación de la "perenne emergencia"[45], pues la experiencia demuestra que la creación de una legislación excepcional para una situación que se define como extraordinaria, como sucede con la lucha contra el terrorismo y/o la delincuencia organizada, acaba convirtiéndose en el modelo de la legislación "normal", a la que inevitablemente

---

crítico, vid. entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., "Prevención general, sociedad y psicoanálisis", en LUZÓN PEÑA, D. M., *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 268 ss.; MORSELLI, E., "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1995, pp. 270 ss. Y ello aunque reconozcamos que el Derecho penal tiene en la realidad efectos coincidentes con los mostrados como fines del mismo por la prevención general positiva.

43 MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", cit., p. 10.

44 Como la que estamos viviendo en España, donde pone de relieve CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" del enemigo?", cit., pp. 70 ss., que se observa en el debate político un verdadero "clima punitivista". Sobre las causas, vid. ampliamente SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 25 ss. En Alemania critica el deslizamiento hacia el Derecho penal de enemigos DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?", cit., pp. 265-266, quien advierte del "atractivo" del Estado policial para una sociedad que no esté dispuesta a asumir los costes de la libertad pero sí los de la seguridad.

45 Cfr. MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, *passim*. Vid. también el análisis crítico de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 820 ss., 828 ss.

contagia[46]. Por tanto, no es sólo que este Derecho penal de enemigos sea un Derecho penal ilegítimo e ilegitimable, sino que aunque en algún caso pudiera parecernos que es el mal menor en la lucha contra graves formas de criminalidad, esa tendencia a la expansión supone un peligro demasiado elevado precisamente para aquello que dice querer defender: los principios básicos de la convivencia social en un Estado que se quiere social y democrático de Derecho[47].

Pues bien, una vez delimitado el concepto de Derecho penal de enemigos hemos de analizar si ésa es la orientación de la reforma del Código penal español operada por la LO 7/2003, de 30 de junio. Si lo único que con ella se pretende es la inocuización de cierto tipo de delincuentes[48], saltándose a la torera toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación, habremos de llegar a la conclusión de que no es legítima ni defendible desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Por el contrario, si con ella se pretenden y se

---

46 Cfr. CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" de enemigos?", cit., p. 90, nota núm. 57, quien pone de relieve que "hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico". Sólo con un cuidado exquisito por parte del legislador podría evitarse el "peligro de contaminación del Derecho penal 'de la normalidad'", que descarta, a mi juicio demasiado a la ligera, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 166. LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y Derecho*, Alianza, Madrid, 1987, p. 163, advertía ya hace décadas de que "el derecho de la emergencia se ha hecho duradero. Se ha consolidado. Puede hablarse, por ello, de una institucionalización jurídica de la emergencia legislativa contra el delito de violencia política" En Alemania ya advierte de este peligro DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?", cit., p. 266.

47 En efecto, como señala CANCIO MELIÁ, M., "'Derecho penal' del enemigo y delitos de terrorismo", *Jueces para la Democracia*, nº 44, 2002, p. 22, nota núm. 25, "debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación -como muestran múltiples ejemplos históricos-, de modo que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico".

48 Como reconoce JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano", cit., p. 33, "...la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros".

pueden alcanzar fines preventivos únicamente hemos de comprobar que se respetan otros principios que garantizan la racionalidad de las sanciones, y en particular los de humanidad y proporcionalidad de las penas[49].

III. LAS REFORMAS SUSTANTIVAS EN LA DURACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Las reformas sustantivas en la ejecución de la pena privativa de libertad operadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, que afectan a la duración máxima de la pena de prisión y a las condiciones para obtener permisos de salida y para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, se incardinan, a mi juicio, en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada. Como veremos a continuación, es un Derecho carente de legitimidad que además no sirve para nada en términos preventivos[50], salvo que confundamos prevención con inocuización[51] o con retribución[52]. En efecto, existe una apariencia de que la intervención

---

49 Por tanto, antes de proceder a un análisis desde parámetros constitucionales, que se suele revelar poco fructífero dado el nivel de abstracción y ambigüedad de las normas constitucionales, me parece más interesante determinar si las medidas que se han introducido contribuirán a la prevención del delito. Avancemos que "en el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de *nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas* "endógenas" muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión". CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" de enemigos?", cit., p. 90.

50 La eficacia es la única posible legitimación que puede alegar a su favor el Derecho penal de enemigos, de forma que si se comprueba en la práctica que no tiene efectos preventivos de ningún tipo no queda sino rechazarlo tajantemente. Cfr. DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?", cit., p. 266.

51 La inocuización es "el fin que tiñe por completo la reforma que propone el Gobierno. Precisamente, la propia denominación como "Código Penal de la seguridad" alude a ella". ROCA AGAPITO, L., "Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas", *La Ley*, n.º 5731, 4 de marzo de 2003.

52 Para VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 424, ya el anterior límite de treinta años reflejaba "una impronta retribucionista trasnochada".

penal va en verdad a producir efectos, y efectos legítimos para la salvaguarda de bienes jurídicos, pero en realidad no es así[53]. Esto es lo criticable. Y lo es por constituir un engaño a la ciudadanía, amparado en el espíritu de venganza que la anima ante la impotencia que se experimenta frente a los atentados terroristas, y en el miedo.

1. En primer lugar, la LO 7/2003, de 30 de junio, aumenta el límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el concurso real de delitos[54], que pasa de treinta a cuarenta años "cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años" (art. 76.1.c) CP), y "cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años" (art. 76.1.d) CP). Estamos prácticamente ante una prisión perpetua[55] que puede infringir la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE[56].

El Tribunal Constitucional, en STC 91/2000, de 30 de marzo, vino a decir que la calificación de una pena como inhumana o degradante no

---

53 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho penal y de la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 123, señala como "efectos" de las normas simbólicas la demostración de la rapidez de reflejos del legislador y de la capacidad coactiva de los poderes públicos, el respeto al consenso alcanzado por distintas fuerzas políticas, etc. Pero "desde nuestro punto de vista, estos efectos no tienen ninguna relevancia salvo la de, si se nos permite el símil cinematográfico, los "efectos especiales". Es decir, con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno". DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal", cit., p. 127.

54 O "aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo" (art. 76.2 CP).

55 Como ha señalado MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario El País*, 15 de enero de 2003, se trata de "un modo encubierto de establecer la prisión perpetua eludiendo su nombre". En el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", cit., p. 9, nota núm. 33.

56 Ya sobre el límite de los treinta años anterior a la reforma se habían pronunciado críticamente numerosos autores. Baste citar a CUERDA RIEZU, A., "El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990", *ADPCP* 1991, p. 855, que lo califica de desmesurado; o a GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios al Código penal. III. Artículos 24 a 94*, Edersa, Madrid, 1999, p. 998, que lo considera difícilmente compatible con la necesaria orientación de las penas a la reinserción social.

está determinada exclusivamente por la duración, sino que debe analizarse el contenido material que depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, de forma que únicamente si el cumplimiento de la pena impuesta supone o acarrea sufrimientos de especial intensidad o provoca una humillación o envilecimiento que alcance un nivel determinado, superior al que suele aparejar la simple imposición de una condena, cabría hablar de penas inhumanas o degradantes[57]. Algún autor afirma que, a la vista de esta jurisprudencia, "la elevación de las penas establecidas en la ley que se comenta no podría considerarse con el calificativo de 'inhumana o degradante'"[58]. No comparto tal opinión. La elevación del límite máximo sumada a la imposibilidad o dificultad extrema para ciertos colectivos de delincuentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional y de obtener permisos de salida supone un cambio fundamental en el contenido material de la pena de prisión. Cierto es que existen algunos correctivos, como la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados mayores de setenta años o enfermos muy graves con padecimientos incurables que reúnan los requisitos contemplados en los arts. 90 y 91 CP, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes, pero debe tenerse en cuenta que se trata de medidas potestativas para el juez de vigilancia penitenciaria, lo que limita su eficacia.

Por otra parte, no olvidemos que, de todas formas, antes de la reforma ya era posible que un sujeto con varias condenas por hechos sin conexión, que no se juzgaron ni podían juzgarse en un solo procedimiento, cumpliera penas que superaban los límites previstos en el art. 76 CP para casos de concurso real o de hechos que, por su conexión o por el momento de su comisión, podían haberse enjuiciado en un solo procedi-

---

57 Criterios recogidos en otras resoluciones del mismo Tribunal, como la STC 65/1986, de 22 de mayo (FJ 4.º), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como las SSTEDH de 25 de abril de 1978, caso Tyrer contra Reino Unido, y 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido, entre otras.

58 GONZÁLEZ PASTOR, C. P., "Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, "de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". Examen de su constitucionalidad", *Actualidad penal* 2003, marg. 1020. Esta posición ha sido sostenida también por el Consejo General del Poder Judicial en los *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003, pp. 23-29.

miento[59]. Y nadie puso el grito en el cielo, en parte porque si se aplicaran los límites en todo caso estaríamos dando carta blanca para delinquir a los condenados que ya hubieran llegado a un límite máximo, pues sabrían que no podrían cumplir otra condena, lo cual sin duda destruiría el efecto preventivo de las penas.

Este aumento de la duración de la pena de prisión en el concurso real de delitos es una manifestación más del incremento en las actitudes punitivistas del legislador y de la ciudadanía que se aprecia en los últimos años no ya sólo en España, sino en todos los países occidentales.

Es difícil resumir las causas de este fenómeno. Sería demasiado simple atribuirlo al tratamiento de la criminalidad por parte de los medios de información, porque si bien la prensa suele reclamar expresamente sanciones más severas, o una aplicación más severa de la ley por parte de los Tribunales de Justicia, esa exigencia coincide normalmente con las convicciones ya existentes en la ciudadanía, que se limita a reforzar[60]. El temor al delito y la sensación de inseguridad que genera pueden relacionarse con la pérdida de referentes y de seguridad desde la perspectiva de una sociedad en constante y veloz transformación, globalizada.

Ahora bien, en lo que se refiere a la delincuencia organizada y terrorista esta tendencia es más visible, en particular porque se retroalimenta, "con una especie de inercia acumulativa, de sus predecibles fracasos: a partir de un nivel penal ya elevado se presenta la tentación, que rápidamente seduce, de mayores elevaciones de penas"[61].

2. En segundo lugar, se reforma el art. 36 CP para introducir el llamado "período de seguridad" en caso de condenas superiores a cinco años de privación de libertad[62], de forma que "cuando la duración de la

---

59 Vid. GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios, III*, cit., p. 981, quien pone de manifiesto que es "posible llegar, así, *de facto*, a la prisión perpetua, y desde luego, a cumplimientos absolutamente ajenos a cualquier propósito resocializador".

60 Cfr. KURY, H., "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, cit., p. 286.

61 MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, p. 222.

62 El límite de cinco años se cuenta respecto de la pena efectivamente impuesta en la sentencia condenatoria, y no de la pena prevista en abstracto para el delito de que

pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta". La introducción del período de seguridad había sido solicitada en España a raíz del escándalo producido por la inmediata clasificación en tercer grado de ciertos políticos condenados por el caso GAL y de delincuentes peligrosos que reincidieron. Rompe el modelo diseñado en la Ley Orgánica General Penitenciaria, que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado[63]. Pero la nueva regulación tiene antecedentes en nuestro Ordenamiento.

En efecto, ya desde antes de la reforma operada por la LO 7/2003 exige el Reglamento Penitenciario de 1996 el cumplimiento de una cuarta parte de la condena para acceder al tercer grado, norma general que presenta tres excepciones: 1.ª) no es necesario en caso de condenas de hasta un año de duración, pues en estos casos la clasificación en tercer grado podía producirse inmediatamente tras el ingreso, según se deduce del art. 103.7, 8 y 9 RP; 2.ª) el art. 104.4 RP permite que los penados que sean enfermos muy graves con padecimientos incurables sean clasificados en tercer grado "por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad"; 3.ª) tampoco es necesario esperar cuando haya transcurrido el tiempo suficiente para obtener un adecuado conocimiento del penado y por su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena, el medio social al que retorna, los recursos, facilidades y dificultades existentes y el momento, se pueda entender que la medida

---

se trate, lo que no significa que se trate en todo caso de delitos graves, puesto que una condena superior a cinco años puede deberse a que la suma de las penas en un concurso real de delitos menos graves supere esa cifra.

63 El art. 36.2 CP deroga parcialmente de forma tácita preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria que no se han modificado para coordinarlos con el Código penal, en particular el art. 73.2 LOGP, que establece que "siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores". Por su parte, el art. 72.4 LOGP declara que "en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión". El Consejo General del Poder Judicial propuso en sus *Informes*, cit., pp. 38-39, la modificación expresa de estos artículos para evitar contradicciones, pero su sugerencia no fue aceptada por el legislador.

tendría efectos positivos para el buen éxito del tratamiento (art. 104.3 RP). A mi juicio sólo ha sido implícitamente modificado el art. 104.3 RP por contradecir lo dispuesto en el art. 36 CP, ya que alude a internos que no tengan extinguida la cuarta parte de la condena o condenas, sin distinguir según la duración de la condena siempre que sea superior a un año, y ahora, tratándose de condenas superiores a cinco años, no se admite que el penado pueda pasar al tercer grado hasta que cumpla la mitad, aunque se le conozca bien y concurran, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2 RP. Los demás apartados y preceptos se refieren a penados con condenas de hasta un año, por lo que no se ven afectados por la modificación del Código penal, que alude a penados con condenas superiores a cinco años, y a enfermos muy graves con padecimientos incurables, que siguen constituyendo una excepción a la aplicación del régimen general.

Por tanto, tratándose de condenas inferiores a cinco años pero superiores a uno la regla general es que el condenado no pueda ser clasificado en tercer grado hasta haber cumplido al menos una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto, y tratándose de condenas superiores a cinco años ha de haber cumplido al menos la mitad. El Consejo General del Poder Judicial justifica la reforma con argumentos basados en la prevención general positiva o integradora[64], lo que es inasumible si se parte, como aquí hacemos, de que lo que se esconde detrás de ella no es más que una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redunda en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos. Además de que no se tiene en cuenta que en la fase de ejecución de la pena deben primar las consideraciones de prevención especial.

A continuación el art. 36.2 segundo párrafo recoge una excepción a la aplicación del período de seguridad, y una excepción a la excepción: "El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador... podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento". Debemos entender por régimen general de cumplimiento la regulación

64 Cfr. *Informes*, cit., pp. 39-41.

del Reglamento Penitenciario, que prevé no conceder el tercer grado en condenas superiores a un año si no se ha cumplido una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto. Se hace necesario para acceder a ese régimen general que el reo haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 LOGP para considerar que ha observado buena conducta y existe respecto de él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social[65]. Esta regulación constituye una muestra más[66] del interés que el legislador español está tomando en la satisfacción de los intereses de las víctimas. Sin duda el pago de la responsabilidad civil, enmarcado en la reparación de los daños causados por el delito, puede tener efectos preventivo generales y preventivo especiales, por lo que no resulta descabellado asociarlo al juicio de

---

65 El art. 72 LOGP también ha sido modificado en esta reforma, introduciéndose un nuevo apartado con la siguiente redacción:
"5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.
Singularmente se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:
a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal".

66 Junto con la exigencia de pago de la responsabilidad civil para obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, contenida en el art. 81.3.ª CP, la necesidad de tener en cuenta del esfuerzo por repara el daño causado a la hora de proceder a la sustitución de las penas privativas de libertad, como establece el art. 88.1 CP, o las causas de levantamiento y atenuación de la pena previstas tanto en la parte general como en la especial del Código penal, sobre las cuales se puede consultar mi obra, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

peligrosidad que se realiza a la hora de efectuar el pronóstico de reinserción social.

En efecto, la reparación del perjuicio causado contribuye a la reafirmación del Ordenamiento jurídico poniendo de manifiesto, además, una menor necesidad de pena, e incluso en ocasiones la total ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, en particular cuando obedece a un móvil de arrepentimiento o de reconciliación con el Derecho[67]. Como señala ROXIN[68], la reparación obliga al autor a enfrentarse con su víctima, que deja de ser un sujeto abstracto y anónimo, lo que puede dar lugar a una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización. Por otra parte, siempre desde el punto de vista de la prevención especial, son evidentes los efectos positivos que supone la reparación para el delincuente, desde el momento que le permite evitar las consecuencias negativas que derivan de una estancia más o menos prolongada en prisión[69]. Desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga la responsabilidad civil que a quien delinque y repara. Debe puntualizarse que aunque no se prevé el caso de que el condenado sea insolvente, como sí sucede en el art. 81.3.ª CP al regular la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, es obvio que esta circunstancia, debidamente acreditada, no puede ser obstáculo para acceder al régimen general[70].

---

67 CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 5.ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 40. Recuérdese, no obstante, que la valoración positiva de los móviles no es necesaria para afirmar la voluntariedad. Destaca los beneficios de la reparación desde el punto de vista de la prevención especial el Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 45.

68 Cfr. ROXIN, C., "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", en AA.VV., *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 152-153.

69 Cfr. BUSTOS, J./LARRAURI, E., *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona, 1993, p. 25; MAIER, J. B. J., "La víctima y el sistema penal", *Jueces para la Democracia* nº 12, 1/1991, p. 37; o SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Medios no judiciales de reparación a la víctima", en ROMEO CASABONA, C. M. (dir.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, p. 352.

70 También el Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 45, recuerda que "la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado".

Un apunte al margen: es obvio que esta exigencia de pago de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder al tercer grado va a afectar de modo decisivo a determinados delincuentes, como los que cometen delitos económicos (contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra la propiedad intelectual) o contra los derechos de los trabajadores[71].

Esta posibilidad de aplicar el régimen general de cumplimiento existe únicamente "cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales". En estos casos no sólo no existe excepción alguna al período de seguridad, sino que "la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario... requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades" (apartado 6 del art. 72 LOGP, introducido por la LO 7/2003).

Esta regulación parece estar inspirada en la legislación italiana, que impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión para los "irreductibles" por el mero hecho de la falta de colaboración[72], además de

---

71 Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", cit., p. 9.

72 Vid. el art. 4 *bis* de la Ley Penitenciaria, modificado por el art. 1 de la Ley 356/1992. Sobre esta regulación, GUAZZALOCA, "Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza", en GIOSTRA, G./ INSOLERA, G. (a

permitir, cuando se den "graves motivos de orden y de seguridad pública", suspender la aplicación del tratamiento, "lo que, por otro lado, no significa que la adopción de formas de cárcel dura, según los parámetros de la teoría de la pena —retribución o prevención negativa— que ya con la Reforma penitenciaria de 1975 se creía haber abandonado"[73].

Al respecto conviene destacar, en primer lugar, que también los terroristas y delincuentes organizados deben pagar la responsabilidad civil que les corresponda como condición necesaria, que no suficiente, para conseguir el informe favorable de reinserción social.

En segundo lugar, en lo que respecta a la demostración inequívoca de haber abandonado los fines y los medios terroristas, se produce la vinculación de la progresión de grado a una opción político-ideológica, como es el rechazo de la violencia y de la pertenencia al grupo terrorista, que parte del entendimiento de que la delincuencia terrorista está estrechamente ligada a la asunción de una determinada ideología, de forma que, una vez rechazada ésta, el sujeto ya no es peligroso. Se premia esa opción ideológica[74], como demuestra el hecho de que no sólo hayan de rechazar los medios terroristas, básicamente el empleo de la violencia, sino también los fines, que pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de Derecho siempre que se utilicen medios no violentos, como la independencia de una parte del territorio nacional.

---

cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 144 ss.

73 MOCCIA, S., "El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales", *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n.º 5, julio 2000, p. 23. Sobre la lucha contra la mafia a través del Ordenamiento penitenciario, vid. PRESUTTI, A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*.

74 Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 39. Hace pocos años se congratulaba RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal", cit., pp. 101-102, de que el legislador no se hubiera mostrado receptivo entonces a introducir una especie de cadena perpetua para terroristas que sólo se vería limitada en caso de mostrar arrepentimiento, pues entendía este autor que "dicho mecanismo... es total y absolutamente rechazable, al suponer una intolerable aproximación a un Derecho penal de autor, incompatible... con un Estado democrático de Derecho". Pero todo cambia.

Parece que no interesan tanto los hechos realizados como que el sujeto siga o no siendo un terrorista[75]. Señala FERRAJOLI[76] que "dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y... exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos". Y aunque puede alegarse que, en efecto, es relevante para efectuar el pronóstico de reinserción el que el sujeto esté desvinculado de la banda o el grupo terrorista y haya abandonado los fines y los medios terroristas, lo cierto es que las tasas de reincidencia de condenados a penas graves por delitos de terrorismo que no se han desvinculado formalmente de la banda es muy baja, por no decir inexistente. Por lo demás, la acreditación de la desvinculación puede hacerse por cualquier medio, como se desprende de la fórmula utilizada, "lo que podrá acreditarse", que deja abierta la posibilidad de emplear medios distintos de los citados a título ejemplificativo[77].

En tercer lugar, además de desvincularse de la asociación u organización el condenado ha de colaborar activamente con la Administración de Justicia. Y, por cierto, lo que se le exige que haga, impedir la producción de otros delitos, la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, etc., parece escasamente compatible con el hecho de que se trata de requisitos para el acceso al tercer grado, es decir, que el condenado ya ha cumplido la mitad de su condena, con lo que es dudoso que pueda suministrar información actualizada y relevante[78]. A lo que se añade que con ello se prima la delación, que siempre se ha considerado un acto moralmente reprobable[79], y que

---

75 Así, FERRAJOLI, L., "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", *Dei delitti e delle pene* 1984, pp. 275-276.

76 FERRAJOLI, L., "La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza", *Questione Giustizia* núm. 2, 1987, p. 271.

77 En este sentido, vid. también RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 166-168.

78 Así, RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., pp. 184 ss. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 47, entiende que este requisito "debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en término de eficacia policial", propuesta que comparto plenamente.

79 Así, entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., "Terrorismo y sistema penal", en AA.VV., *Reforma política y Derecho*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 181; BUENO ARÚS, F., "Principios generales de la legislación antiterrorista", *Revista de*

supone una inversión de la carga de la prueba para el delatado[80], además de estimular las acusaciones falsas que persiguen únicamente el fin de obtener el beneficio[81]. A ello se añade que la delación sólo es factible en muchas ocasiones para los cabecillas que conocen datos, no para los demás[82], es decir, se beneficia a quien más sabe, lo que, se dice, constituye una lógica inconstitucional y criminógena[83]. No faltan sin embargo las voces a favor de este tipo de medidas en el ámbito de la ejecución de las penas, ya que puede ser una solución coherente con las exigencias de un Derecho penal preventivo orientado a la reinserción social y a la evitación de futuros delitos[84] Estamos ante preceptos orientados a la lucha antiterrorista que pretenden favorecer la colaboración en la averiguación de los hechos y de los culpables y la evitación de futuras actuaciones delictivas.

---

la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 11 monográfico, p. 143; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", *Cuadernos de política criminal*, n.º 30, 1986, p. 582; GARCÍA RIVAS, N., "Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político", *Poder Judicial*, n.º 10, 1984, p. 112; VICENTE REMESAL, J. de, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985, p. 76. Haciendo mías las palabras de CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 599, "personalmente, me sucede a mí lo que a PACHECO: que no me intereso en exceso por la lealtad que entre sí se guarden los criminales...".

80 Entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo (una crítica con motivo del Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el Congreso el 30 de noviembre de 1983)*, Toledo, 1984, pp. 50-51; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 348. Ampliamente, sobre los problemas procesales y de prueba que plantean las declaraciones de los coimputados, vid. CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación*, cit., pp. 609 ss.

81 Así, CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación*, cit., p. 600.

82 Por todos, cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho*, cit., p. 80.

83 Así, entre otros, CARBONELL/ MIRA BENAVENT en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 2127. Esta objeción se puso de relieve también durante la tramitación parlamentaria de la LO 9/1984, dando lugar a la presentación por el Grupo Parlamentario Mixto (Sr. Bandrés Molet) de la enmienda núm. 6 de supresión del art. 57 *bis* b) CP 1944/73.

84 El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 48, dice que "es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere".

En cuarto lugar, los requisitos del art. 76.2 LOGP para la clasificación en tercer grado de terroristas y delincuentes organizados coinciden completamente con los que prevé el art. 90.1 CP con carácter general para acceder a la libertad condicional, lo que es muestra no sólo de la precipitación del legislador, que le lleva a no coordinar el texto de dos artículos que se modifican en la misma reforma, sino también de la existencia de un derecho excepcional con requisitos más gravosos para cierta clase de delincuentes.

3. Se modifica el art. 78 CP para conseguir el cumplimiento íntegro de la pena de prisión en más casos de los abarcados por la redacción anterior. Vayamos por partes. En primer lugar, se amplían los supuestos en que el cálculo para acceder a ciertos mecanismos que permiten un acortamiento del tiempo de estancia efectiva en prisión debe basarse en la totalidad de las penas impuestas y no en el máximo de cumplimiento efectivo de las penas determinado de acuerdo con lo previsto en el art. 76.1 CP: si antes se mencionaban únicamente los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, ahora se añaden los permisos de salida y la clasificación en tercer grado.

La inclusión de los permisos de salida se ha querido justificar diciendo que España "no puede seguir siendo el único país de la Unión Europea en el que al día siguiente de entrar en prisión se pueden conceder permisos penitenciarios a quien está condenado... por delitos muy graves"[85], lo que es manifiestamente incorrecto, puesto que la concesión de un permiso ordinario de salida requiere no sólo un informe previo del equipo técnico y la no observación de mala conducta, lo que ya por sí solo supone el transcurso de un cierto lapso temporal, sino la extinción de la cuarta parte de la condena (arts. 47.2 LOGP y 154 RP).

En segundo lugar, sigue siendo potestativo para el juez o tribunal sentenciador "acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias" "si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas" (art. 78.1 CP). Ahora bien, este

[85] Palabras del Ministro de Justicia recogidas en el BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria núm. 232, 6 de marzo de 2003, p. 11858.

acuerdo se convierte en preceptivo "en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas". Esto significa que siempre que el reo resulte condenado a más de 50, 60 u 80 años, según los casos, y por aplicación de los límites legales contemplados en el art. 76 CP sólo pueda cumplir respectivamente 25, 30 ó 40 años, será obligatorio para el juez o tribunal realizar el cómputo para los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional atendiendo a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y no al límite máximo de cumplimiento efectivo. Esta regulación supone que en algunos casos el condenado no llegará a disfrutar ni de beneficios penitenciarios ni de permisos, por no hablar del tercer grado o de la libertad condicional, puesto que llegará antes al límite máximo de años que puede cumplir (25, 30 ó 40 según los casos) que a la mitad de la condena impuesta, que puede ser de cientos de años[86].

El art. 78 CP sólo es aplicable a los concursos reales de delitos y a los casos en que las penas se han impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo, como claramente se desprende de su dicción literal: "si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76..."[87].

Con el cumplimiento íntegro de las penas nos encontramos "ante una posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz "cara a la galería". Y ello por varias razones: en primer lugar, no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real. En segundo lugar, impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y del respeto al orden público dentro del establecimiento penitenciario.

---

86 Vid. los detallados ejemplos que aporta RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., pp. 108 ss., y que demuestran las extraordinarias consecuencias respecto del cumplimiento de la condena que depara la decisión del juez o tribunal en el momento de individualizar la pena.

87 Así lo señala expresamente GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios, III*, cit., p. 986.

Y, sobre todo, impide de manera absoluta dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución"[88].

Teniendo en cuenta que esta regulación puede resultar manifiestamente desproporcionada en algún caso, la ley permite que "el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento" (art. 78.3 CP), esto es, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran nuevamente al límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable. Esta posibilidad incluida en el precepto "no altera las críticas acerca de su naturaleza híbrida, desafortunada e innecesaria, que siguen plenamente vigentes; en efecto, por un lado, pretende conciliar principios irreconciliables mediante una forzada técnica hermenéutica; por otro, su prescindibilidad se desprende de la propia experiencia: el sujeto que mantiene intacta su peligrosidad, que sostiene una actitud abiertamente inadaptada, que no sólo no reconoce sus delitos sino que se vanagloria de los mismos, no accederá al 3.º grado penitenciario ni, en consecuencia, disfrutará de libertad condicional porque no cumplirá los requisitos generales del art. 90 del CP"[89].

De esta excepción se exceptúan, valga la redundancia, los delitos de terrorismo contemplados en los arts. 571 a 580 CP y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, en cuyo caso "la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena" (art. 78.3 CP)[90]. Puede comprobarse aquí el afán retribucionista del legisla-

---

88 CARBONELL MATEU, J. C., "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", *Revista de Ciencias Penales*, Volumen 3, n.º 1 y 2, 2000, p. 17.

89 RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., p. 110.

90 Con esta modificación se opera un regreso a los orígenes del precepto, ya que durante la tramitación parlamentaria del Código penal de 1995 se pretendía aplicar el art. 78 exclusivamente a narcotraficantes y terroristas, y ante las críticas recibidas se

dor, que pretende que tanto los terroristas como los integrantes de organizaciones criminales que se encuentren en la situación contemplada en el art. 78 CP pasen en primer o segundo grado penitenciario el mayor tiempo posible, todo el de la condena si son peligrosos y cuatro quintas partes si no lo son y su pronóstico de reinserción es favorable, lo que a mi juicio resulta manifiestamente desproporcionado. Al respecto ha de señalarse además que si bien se delimitan con claridad los delitos de terrorismo, no puede decirse lo mismo acerca de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Pues, en efecto, ¿qué delitos se cometen en el seno de organizaciones criminales? ¿Sólo los de asociación ilícita? ¿Cualquier delito que contemple una agravante por organización (en España los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, blanqueo de capitales, defraudación tributaria, contra la Seguridad social, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tráfico de drogas y precursores y tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, así como el contrabando)? ¿Cualquier delito en cuya comisión se compruebe de hecho la existencia de una organización, aunque el Código penal no contemple una agravante específica por este motivo? Como puede observarse, la indefinición, y por tanto la inseguridad jurídica, es extrema[91].

Y en materia de libertad condicional se insiste en la misma línea, ya que aunque se mantienen sin modificaciones dos de los requisitos generales para su obtención, el encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario y que se hayan extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta, se puntualiza respecto del tercero, consistente en que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que "no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica

---

decidió redactarlo de forma que su ámbito de aplicación fuera más amplio, para evitar acusaciones fundadas en la irracionalidad de la selectividad represiva.

91 Lo reconoce el Consejo General del Poder Judicial, en los *Informes*, cit., p. 33. Denuncia esta extrema indefinición RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., pp. 159-163, quien llega a la conclusión de que "la aplicación de estos preceptos queda únicamente reservada para aquellos sujetos condenados en sentencia firme por los delitos tipificados en los arts. 187.3, 189.2, 302, 369.6, 370 y 371.2 del Código Penal", esto es, los delitos que contemplan una agravante por pertenencia a una organización, con el fin de evitar vulneraciones del principio de legalidad.

General Penitenciaria", declaración que resulta redundante, puesto que ya se establece como requisito para acceder al tercer grado el pago de la responsabilidad civil, y si no se está en tercer grado no se puede acceder a la libertad condicional. Y a los terroristas y delincuentes organizados se les vuelve a imponer la misma condición de estar desvinculados de la actividad criminal que ya se prevé en la legislación penitenciaria para acceder al tercer grado[92]. El desajuste y la superposición de requisitos no puede ser mayor: para acceder al tercer grado deben haber pagado la responsabilidad civil y estar desvinculados de la actividad criminal, exactamente lo mismo que para acceder a la libertad condicional, para lo cual es necesario que estén en el tercer grado.

El requisito general conforme al cual han de haberse extinguido las tres cuartas partes de la condena para obtener la libertad condicional puede sustituirse por la extinción de dos tercios, siempre que el sujeto merezca el beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP). Pues bien, esta excepción no es aplicable a terroristas y delincuentes organizados, a los que tampoco es posible acceder al adelantamiento de la libertad condicional que prevé el art. 91.2 CP[93]. "Ninguna otra justificación que no sea

---

92 De acuerdo con el art. 90.1 CP, "en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".
Esta redacción es prácticamente igual a la del art. 76.2 LOGP.

93 Art. 91.2 CP: "A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena,

el puro retribucionismo puede fundamentar la exclusión de los colectivos referenciados de la posibilidad de acceder a la libertad condicional de un modo anticipado"[94]. No otros son los motivos que llevan al legislador a imponer esta forma agravada de ejecución de las penas privativas de libertad sólo a terroristas y delincuentes organizados, porque en mi opinión no hay otra razón para meter en el mismo saco a estas dos categorías de delincuentes que el intento de enmascarar que se crea una legislación especial para terroristas. Es prueba de que sólo se piensa en los terroristas el que el art. 90.1 CP, al puntualizar cuándo se entiende que hay pronóstico de reinserción social mencione los fines y medios de la actividad "terrorista", la comisión de otros delitos "por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista", responsables "de delitos terroristas", etc., olvidándose de la delincuencia organizada común.

4. Con el fin de cerrar el sistema así diseñado se introducen dos nuevos apartados en el art. 93 CP, los núms. 2 y 3, que regulan la revocación de la libertad condicional concedida a terroristas[95]. En el caso de estos delincuentes se añade una causa de revocación a las ya previstas con carácter general para el resto de la población carcelaria, y es el incumplimiento de las condiciones que les permitieron el acceso a la libertad condicional, alusión que no puede sino referirse a la desvinculación respecto del grupo terrorista[96]. Dándose cualquiera de las tres

---

siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso".

94 RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., p. 189.

95 Art. 93 CP: "2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo..., el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en dicho período de libertad condicional el condenado delinquiere, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional".

96 Coincide RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., p. 192.

causas de revocación, la consecuencia es que el penado reingresa en prisión "con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional", previsión que de nuevo pone de manifiesto el puro retribucionismo que se practica respecto de estos delincuentes, sin que se tenga presente si en efecto están desvinculados o no del grupo terrorista, si únicamente incumplieron una de las condiciones impuestas por el Juez, si el incumplimiento tiene explicación, se ha producido una sola vez o es reiterado, etc., etc.

IV. LAS REFORMAS PROCESALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Se añade un nuevo apartado quinto a la Disposición adicional quinta de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con el fin de que "cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión". Con él se quiere hacer frente a la indignación popular que ha provocado la concesión del tercer grado o de la libertad condicional a terroristas no arrepentidos y a delincuentes peligrosos, pese a la oposición del Ministerio Fiscal, pues el recurso que éste pudiera presentar no tenía efectos suspensivos y no impedía, por tanto, la excarcelación. Con el fin de que la situación no se eternice, el segundo párrafo añade que "los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente".

No me parece que deba suscitar problemas esta cuestión. El Consejo General del Poder Judicial ha declarado que "no hay óbice constitucional para que la resolución que decreta la excarcelación anticipada del penado como consecuencia de una progresión de grado puesta en tela de juicio en el recurso de apelación, no sea de ejecución inmediata con el solo dictado de la resolución recurrida"[97]. Falta por ver si en verdad se va a garantizar la rapidez en la tramitación del citado recurso de apelación.

---

[97] Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., pp. 50-51.

V. ¿EFECTOS RETROACTIVOS DE LA REFORMA?

De acuerdo con la Disposición transitoria única de la LO 7/2003, "lo dispuesto conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena".

Esta disposición plantea el problema de si las condiciones y circunstancias de la ejecución de la pena forman parte de su contenido hasta el punto de poder afirmarse que un cambio desfavorable al reo, como el que se ha producido, no puede ser aplicado a condenados que cumplen sentencia por hechos delictivos anteriores a su entrada en vigor o en virtud de condena anterior a su entrada en vigor por impedirlo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales recogido en el art. 9.3 CE.

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables se relaciona con los conceptos de delito, culpabilidad y pena, y con el principio de legalidad. El efecto retroactivo no sólo haría perder a la conminación penal abstracta su función preventiva, sino que lesionaría la seguridad jurídica de los ciudadanos, desde el momento en que éstos no podrían actuar con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, viéndose sorprendidos "*a posteriori*" por una norma que no podían conocer en el momento de la acción, porque no existía.

Pues bien, se ha defendido que la Disposición transitoria que nos ocupa no supone retroactividad, sino retrospección, y que además no es restrictiva de derechos, porque eso supondría que existe previamente un derecho y no una mera expectativa.

El Consejo General del Poder Judicial, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habla de retrospección o retroactividad impropia para referirse a aquellas disposiciones legales que con posterioridad "pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas", frente a la retroactividad auténtica, que supondría "anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley", concluyendo que en el primer

caso "la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico", mientras que en el segundo "la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio"[98]. Esta apelación al bien común no supone ni más ni menos que sustituir la razón jurídica por la razón de Estado, aceptar un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no de carácter jurídico sino político, no subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supraordenado a ella[99]. Es incongruente afirmar la estricta y absoluta prohibición de retroactividad para después admitir algunas limitaciones, pues "¿cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos "irrenunciables"; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?"[100]. Los principios pierden su valor cuando se flexibilizan o, en caso necesario, se apartan: dejan de ser principios. Y aun cuando aceptáramos que la prohibición de retroactividad deba admitir excepciones en supuestos extremos, lo cierto es que no nos encontramos ante uno de esos casos límite. El "bien común" al que alude el Consejo no es más que el afán punitivista de ciertos sectores sociales voceado y exacerbado por los medios de comunicación y por el legislador. Y lo mismo cabe decir, en caso de que se trate de retrospección y no de retroactividad, de la ponderación de bienes que según el Consejo ha de llevarse a cabo caso por caso, teniendo en cuenta la seguridad jurídica y los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.

La distinción entre retroactividad y retrospección es artificial. Lo que resulta decisivo, a mi juicio, es determinar si el delincuente que ha sido

---

98 Cfr. "*in extenso*" Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., pp. 51 ss.

99 Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 808, que advierte de la ilegitimidad de la razón de Estado dictada por la emergencia hobbesiana, de forma que el estado de guerra justifica políticamente que se rompan las reglas de juego.

100 ALEXY, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", *DOXA*, n.º 23, 2000, p. 213. Vid. también muy crítico ZIELINSKI, D., "Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt", en SAMSON, E./ DENCKER, F./ FRISCH, P./ FRISTER, H./ REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 811 ss.

condenado a pena de prisión tiene derecho a que se le aplique el régimen penitenciario existente en el momento de la comisión del hecho delictivo o de la condena, y no uno desfavorable para él que entre en vigor en un momento posterior.

Cuando entró en vigor el Código penal de 1995 se suprimió el beneficio de la redención de penas por el trabajo, lo que supuso una modificación que afectó al modo de ejecución de la pena. Sin embargo, se siguió aplicando a todos aquellos delincuentes con condena anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995 aunque en dicha fecha no lo estuvieran disfrutando, sea porque estaban en prisión provisional, sea porque se encontraban en primer grado y no podían acceder a él, sea porque en aquel momento no cumplían los requisitos pero después sí.

De esta forma, aunque el preso aún no haya accedido al tercer grado o a la libertad condicional tiene derecho, y no una mera expectativa, a que no se modifique en sentido desfavorable el régimen penitenciario que se le aplica, pues si con él tenía derecho a que no se le mantuviera en un grado inferior cuando por su evolución merecía la progresión es obvio que el cambio operado, que atiende estrictamente al tiempo de condena cumplido, al menos hasta que transcurra la mitad de la condena, le afecta de forma desfavorable, violando su derecho a la seguridad jurídica y a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Lo mismo puede decirse de los nuevos y más estrictos requisitos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. La ley penal más favorable al reo debe ser ultractiva respecto de la más desfavorable si es más antigua que ésta.

En conclusión, la reforma debe aplicarse a condenas futuras por delitos futuros y a condenas futuras por delitos pasados, pero no a condenas pasadas.

VI. CONCLUSIONES

A mi entender, "la reforma penal propuesta ahonda aún más en una concepción arcaica, vindicativa y expiatoria de la pena de prisión. Profundiza en el desbordamiento de los límites garantistas... ofrece un derecho penal que si por una parte integra una imagen del ser humano cerrado a la sociedad, bloqueado en la condición de criminal peligroso y negado a perspectivas existenciales, por otra, ante su comprobada

inadecuación para evitar la delincuencia y aún menos para resolver los problemas generales de la sociedad, se usa como vía de comunicación con los ciudadanos fieles para reforzar la confianza institucional sustituyendo su naturaleza democrática por su instrumentalización como técnica publicitaria entre los políticos y su público, como un instrumento que deforma su sentido y con el que el Estado busca lealtades, silencios, por las dificultades y problemas de gobernabilidad, tanto ante específicos problemas concretos, más o menos coyunturales, como ante profundos desajustes estructurales"[101].

En fin, nos encontramos ante un retorno a posiciones puramente retribucionistas que se limitan a una exasperación de la gravedad de las penas y de las condiciones de su ejecución que recuerdan la posición mantenida por BINDING, representante cualificado de una concepción de la pena desprovista de todo fin preventivo, o, desde otra perspectiva, por VON LISZT, partidario de la inocuización de los reincidentes mediante privación de libertad de duración indefinida, en relación con los delincuentes habituales o incorregibles, a principios del siglo XX[102]. Desde entonces se ha vivido el esplendor del principio de resocialización, que llevó a su constitucionalización en el art. 25.2 CE, y su abandono, más o menos soterrado pero cada vez más evidente, en el Código penal y en la normativa penitenciaria. "Para combatir una forma de delincuencia de las características del terrorismo, que supone un ataque a las bases del sistema democrático, se opta por supeditar los principios garantistas del Derecho penal contemporáneo a la efectividad de la intervención penal frente al mismo, de suerte que la excepcionalidad deviene justificada por la "defensa del Estado de Derecho" o de la democracia. Sin embargo, el Estado de Derecho no es un fin sino un medio y 'no puede defenderse mediante su negación'"[103].

La situación que estamos viviendo no es un fenómeno nacional, ni siquiera exclusivamente europeo[104]. Están cambiando las reglas de

---

101 MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Acerca de las reformas de 2003", cit., pp. 240-241.

102 Vid. BINDING, Prólogo a su *Grundriss des Strafrechts. AT*, 1906; VON LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", *ZStW* 1882, pp. 1 ss.; del mismo autor, *La idea de fin en Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.

103 RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal", cit., p. 103, citando a FERRAJOLI.

104 En el Derecho comparado vid. la situación peruana en REYNA ALFARO, L., "La política criminal peruana en materia de criminalidad organizada: Reflexiones críticas preliminares", *Cuadernos de política criminal*, n.º 80, 2003, pp. 363 ss.,

juego. El "bien común", la razón de Estado, identificada con la conservación y el acrecentamiento de su potencia, tienden a convertirse en el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno. El "enemigo" ha de ser suprimido en aras del interés general, sin parar mientes en el respeto a los principios que informan el Estado de Derecho. Frente a ello hemos de reafirmarnos en que "la razón jurídica del estado de derecho... no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas —si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas— no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los *medios*, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el *fin* no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono"[105].

---

donde denuncia que la actual política criminal de ese país en materia de corrupción administrativa se encuentra vinculada a la noción de un Derecho penal de enemigos que vulnera garantías y principios superiores del Derecho penal y procesal penal.

[105] FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 830.

Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas[1]

María Acale Sánchez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

Sumario: I. La Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. 1. Introducción. 2. Principios rectores. 2.1. Introducción. 2.2. El protagonismo de la víctima. 2.3. "Seguridad jurídica". 2.4. "Lucha contra la delincuencia". 3. Ámbito subjetivo de aplicación. 4. Las concretas medidas tendentes al endurecimiento de la respuesta penal-penitenciaria. 4.1. El denominado "periodo de seguridad". 4.2. Los nuevos criterios para la clasificación o progresión hacia el tercer grado de tratamiento penitenciario. 4.2.1. La satisfacción de la responsabilidad civil. 4.2.2 La colaboración con la Administración de justicia. 4.3. El aumento del tiempo máximo de permanencia en prisión. 4.3.1. La reforma de los artículos 76 y 78 del Código penal. 4.3.2. La nueva concepción de la libertad condicional. II. Los costes del tránsito del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad.

I. LA LEY ORGÁNICA 7/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

1. Introducción

La *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas* ha llevado a cabo una

[1] El presente trabajo se corresponde con el texto de la conferencia que pronuncié el día 21 de noviembre en la Universidad de A Coruña en el Curso "Respuesta penal a los nuevos riegos", dirigido por el prof. Martínez Buján Pérez. Este mismo trabajo, bajo el título "Del *Código penal de la Democracia* al *Código penal de la seguridad*", ha sido enviado al Libro Homenaje al Profesor Alesandro Baratta que coordina el Instituto de Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca. En esta ocasión, se añaden algunas modificaciones fruto de los cambios legislativos acaecidos últimamente.

amplia reforma que no afecta sólo al Código penal, sino también a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal así como a la Ley Orgánica General Penitenciaria[2]. Su objetivo no es otro que articular el entramado normativo necesario para llevar a la práctica el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas privativas de libertad de larga duración para determinados autores de una pluralidad de delitos. Ciertamente, como afirma MANZANARES SAMANIEGO, el Título de la ley de reforma confunde "cumplimiento íntegro" y "cumplimiento efectivo": hoy —eliminada la redención de penas por el trabajo y con independencia del indulto parcial— las penas se cumplen efectivamente dentro de los límites marcados por el legislador y concretados por el Juez en la sentencia atendiendo al grado de injusto y de culpabilidad, si bien una parte de ella puede cumplirse en régimen de libertad condicional; por ello, afirma, que más que de cumplimiento efectivo, debió hablar exclusivamente de "cumplimiento íntegro"[3]. No obstante, desde la perspectiva del legislador, el título de la reforma no es tan desafortunado en la medida en que lo que en verdad persigue es que las penas a las que en ella se hace referencia se cumplan "íntegramente" y de forma "efectiva" en prisión, dificultando el acceso a la libertad —aunque condicionada— antes de que expire el plazo marcado en la sentencia y dentro de los límites legales establecidos.

El que en un primer momento el Anteproyecto de la hoy Ley Orgánica 7/2003 se presentara a su tramitación parlamentaria sin respetar los pactos políticos existentes al efecto determinó que fuera calificado de autoritario, esto es, como reflejo de la democracia privada de la mayoría absoluta de un determinado partido político. No obstante, con posterioridad se ha acudido a la vía del consenso político lo que en cierta medida legitima democráticamente su contenido[4]. BARATTA se refería de forma muy clara a esta cuestión: "la democracia es sustituida por la comunicación entre 'políticos' y su público, o sea por la tecnocracia. Cuando esto sucede, la política toma cada vez más la forma del espectá-

---

2 Ha de suponerse que la modificación del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario, será inmediata.

3 MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro de las penas", *Actualidad Penal*, n.º 7, 10 al 16 de febrero de 2003, p. 207.

4 El Informe de la Ponencia del Congreso sólo admitió las enmiendas 47 a 58 presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista, referidas a la introducción de mecanismos legales que permitan "la resocialización" (?): *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 12 de mayo de 2003, n.º 129-9.

culo. En efecto, en la 'política como espectáculo' las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública"[5].

No es ésta, sin embargo, la única reforma que ha sufrido el Código penal de 1995 conocido, desde su nacimiento, como el *Código penal de la democracia*. En efecto, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* ha sometido a una amplia reforma las materias a las que se refiere. Por su parte, el Boletín Oficial del Estado de 26 de noviembre publica la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*[6], en la que fundamentalmente, se lleva a cabo una amplia reforma de las penas privativas de libertad de corta duración, con la eliminación de la pena de arresto de fin de semana y con la introducción de penas de prisión de hasta tres meses de duración[7]: la envergadura del cambio en el sistema de penas ha obligado al legislador en la Disposición Final quinta a introducir finalmente un periodo de *vacatio legis* más amplio que el previsto en las otras reformas penales: "la presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004, con excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entrarán

---

5 BARATTA, A., "Introducción a la criminología de la droga", *Nuevo Foro Penal*, 1989/41, p. 334; del mismo, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", *Pena y Estado*, 1999, n.º 1, p. 53. Sobre la influencia de los medios de comunicación sobre la política en general y la penal en particular, ver: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 108; KURY, H., "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 286; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 27.

6 El nombre dado a la última Ley Orgánica citada no es muy afortunado, en la medida en que también la *Ley Orgánica 11/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves*, así como la *Ley Orgánica 15/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

en vigor al día siguiente al de la publicación de esta Ley Orgánica en el "Boletín Oficial del Estado", y de los apartados octogésimo octavo, octogésimo noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261 del Código penal, que entrarán en vigor el mismo día en que lo haga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". La primera cuestión que llama la atención es la falta de justificación del nombre que se le ha dado a cada uno de los textos, y el por qué de la parcelación de la reforma en esos concretos lotes. A ellos ha de añadirse la *Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de prisión provisional*, en el que ésta, de excepción, pasa a ser regla de carácter general.

La lectura conjunta de ambos datos —penas de prisión más cortas y más largas en el tiempo— pone de manifiesto una mayor intervención punitiva y un palmario alejamiento de la política criminal imperante en otros países en los que sorprendentemente, el índice de reincidencia es muy inferior al nuestro, a pesar de que han abandonado las penas cortas privativas de libertad y de que han recortado su duración máxima.

El Ministro de Justicia, en sus declaraciones a la prensa, calificó al conjunto de las reformas presentadas como las necesarias para convertir el Código penal de 1995 en el *Código penal de la seguridad*[8], el cual, en líneas generales, lleva a cabo un endurecimiento de la respuesta punitiva (de naturaleza más penitenciaria-penal que penal-penitenciaria) ante la comisión de un delito[9]; para ello, cambia completamente de paradigma pues el destinatario de la norma deja de ser valorado como persona, postergando con ello su dignidad personal[10] (esto es, se le despersonaliza al uniformar la respuesta ante el crimen), y se le convierte legalmente en el enemigo del sistema: el modelo de "tolerancia

---

7 No se ha aprovechado la reforma sin embargo para modificar aquellas cuestiones en las que el Código penal de 1995, en opinión de la doctrina, da lugar a dudas (por ejemplo, en la regulación de la comisión por omisión, o en el presupuesto para imponer las consecuencias del art. 129). Por todos, véase MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

8 Ver *Diario El País*, 18 de enero de 2003.

9 Endurecimiento que se manifiesta también en el lenguaje empleado en el que el interno ya no es el interno sino el "preso" (por ejemplo, art. 90.2 CP, art. 72.6 LOGP).

10 Que según el art. 10 de la Constitución junto a los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

cero" frente a la delincuencia llevado a la práctica en *Nueva York* por su alcalde Giuliani ha llegado a España. En efecto, como afirma TERRADILLOS BASOCO, el hoy ya Derecho penal vigente "apela a las lecturas más simplificadoras de la Ley del Talión para interpretar el *nullum crimen sine poena* como derecho de la sociedad al castigo predeterminado e inmutable del delincuente"[11].

En particular, la necesidad de la reforma del Código operada por la Ley Orgánica 7/2003, en un año caracterizado por los éxitos policiales y por la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo[12], no parece del todo justificada, teniendo además en consideración que el Código penal de 1995 ya contenía instrumentos penológicos suficientes para hacer frente a la delincuencia terrorista (art. 78[13]). Por ello, en la medida en que el problema de fondo no es más que aparente, la conclusión que ha de extraerse es que se trata de una muestra más de Derecho penal simbólico: se pretende obtener un beneficio electoral, vendiendo seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas[14].

---

11 TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", en CAPELLA, J. R. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional*, Trotta, Madrid, 2003, p. 369. En su momento, el mismo autor afirmaba que "el proceso de demonología política desencadenado cumple otras importantes funciones. Promueve, por ejemplo, la estigmatización del enemigo como un bárbaro sub-humano. Y si se acepta que el terrorista es un irracional fanático, se deducirá inmediatamente que la única respuesta que puede comprender es la fuerza. De este modo no sólo se legitima la actuación contundente del poder, más allá incluso de lo que se viene considerando como límites infranqueables del Estado democrático de Derecho, sino que se logra la base para una política legislativa de orden público y defensa de la Constitución, que termina por criminalizar la oposición y por favorecer intervenciones disciplinantes en aquellos ámbitos en los que un 'exceso' de democracia la situación ingobernable": TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 18.

12 Como se ha puesto de manifiesto en la última Memoria del Ministerio del Interior hecha pública; un resumen de la misma puede verse en *Diario El Mundo*, 18 de septiembre.

13 Calificado ya por GARCÍA ARÁN, M., *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 43 incluso antes de la reforma como verdadero "lastre retribucionista".

14 TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., pp. 356 y ss.; DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002, n.º 7, pp. 119 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", cit., pp. 107 y ss.

De la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003 se derivan sin dificultad la profunda desconfianza por parte del legislador en la labor jurisdiccional y en las funciones que desarrolla Instituciones penitenciarias. En efecto, en el punto I se señala que "la realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico mas certero de la pena a cumplir". Como afirma MARTÍN PALLÍN "el Poder Judicial juega un papel insustituible en el desarrollo y protección de las libertades fundamentales. Privarle de estas facultades, limitando sus posibilidades de ajustar e interpretar las normas con arreglo a los principios constitucionales, no puede hacerse sin deteriorar el esquema de la división de poderes y sin el riesgo de volver a situaciones, que creemos superadas, en las que se proclamaba la unidad de poder y la diversidad de funciones"[15].

Ha de tenerse en consideración que las tres Leyes Orgánicas de reforma del Código no son más que una mera reforma parcial, no un texto de nueva planta, lo que supone que su contenido ha de ser coordinado con el Código penal de 1995 que es el texto reformado. Como se sabe, en efecto, en la Exposición de Motivos de éste último, se parte de que el mismo ha de ser considerado como "la Constitución en negativo"[16], expresión que si bien no es muy afortunada, quiere resaltar la necesaria relación entre ley penal y texto constitucional. La Exposición de Motivos sin embargo va más allá pues a continuación establece que el nacimiento del nuevo texto punitivo era una necesidad altamente sentida para llevar a cabo "la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales"; esta adaptación se produjo no sólo en lo que al catálogo de bienes jurídicos protegidos se trata sino sobre todo atendiendo "al sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en

---

[15] MARTÍN PALLÍN, J. A., "Democracia sin complejos", *Diario El País*, 18 de enero de 2003.

[16] Siguiendo a TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., p. 356, dicha afirmación es fruto del "ingenuo entendimiento de que incorpora 'plenamente' los valores democráticos. Pero no es tarea del Derecho penal la de dar acogida a los intereses, valores, principios y derechos constitucionales, asumiendo la ingente tarea de asegurar su vigencia. Comparte tal cometido con todo el ordenamiento jurídico, en el que se integra como limitado sector". Sobre las relaciones entre constitución y ley penal ver FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, 2001, pp. 855 y ss.

lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna". Como se intentará poner de manifiesto a lo largo de estas páginas, la reforma llevada a cabo —por expandir la respuesta penal[17]— difícilmente puede ser incluida en el marco de la Exposición de Motivos del Código penal que reforma pues promociona valores opuestos a los que expresamente se plasman allí.

A continuación se va a llevar a cabo un análisis detenido de la Ley Orgánica 7/2003, que es la que da una respuesta específica al sistema de penas a aplicar al terrorismo y a la delincuencia organizada.

2. *Principios rectores*

2.1. Introducción

De la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003 se desprende que la reforma nace con el objetivo de resaltar el principio de seguridad jurídica y de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad, respetando el principio de legalidad penal tanto en la fase de determinación legal de las conductas y de las sanciones, así como durante la de ejecución de las penas. En ella son constantes las referencias al marco penal constitucional. Así, en su punto I, se hace referencia a los arts. 9.3 y 25, a los principios de legalidad, tipicidad, seguridad jurídica; también en el punto IV se proclaman "los principios constitucionales de cumplimiento de las penas" y se afirma que en la práctica, "las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, para vulnerar dichos principios y convertirse por parte de los terroristas en instrumentos que utilizan a su favor en su constante vulneración de las reglas del Estado de Derecho". Se guarda silencio no obstante en torno al principio constitucional esencial en materia de ejecución de penas: el principio de resocialización del delincuente, el verdadero caballo de batalla de la reforma. Por ello, la reforma practicada "difícilmente puede convivir con el art. 25 de la Constitución"[18].

---

17 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 103 y ss.

18 TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., p. 376; véase GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

2.2. El protagonismo de la víctima

Ha de destacarse el protagonismo pasivo y activo que adquieren las víctimas del delito en la reforma practicada[19], ya sea por las actuaciones que ha de llevar a cabo el condenado respecto a su persona o ella misma respecto al condenado, reflejo de la influencia en nuestro sistema de la *restorative justice*[20].

En relación con las primeras, ha de resaltarse que la Ley Orgánica 7/2003 condiciona la concesión de la libertad condicional (junto a los tradicionales requisitos de buen comportamiento y clasificación en tercer grado) a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 90.1 c del Código penal y 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y en los supuestos de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización (art. 90-1 c) del Código penal y 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) el requisito del buen comportamiento y el pronóstico individualizado de reinserción social puede acreditarse a través de la "petición expresa de perdón a las víctimas".

Pero además, en segundo lugar, la víctima adquiere un mayor protagonismo activo en los arts. 36 (periodo de seguridad), 78.3 (cumplimiento efectivo de penas de prisión de determinada duración) y 91.1 y 2 (libertad condicional) en los que se condiciona la aplicación del régimen general de dichas instituciones a que el Juez de vigilancia penitenciaria oiga al Ministerio Fiscal, a Instituciones penitenciarias y a "las demás partes", esto es, las acusaciones particular y popular.

Como se sabe, el incremento del papel de la víctima dentro del Derecho penal se plasmó ya en el Código de 1995. Ciertamente, su incorporación al entramado penal ha de hacerse en la medida en que por la comisión del delito entran en contacto autor-víctima-Estado y ninguna resolución del conflicto social que supone el delito puede ser óptima,

---

19 Así, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro de las penas", cit., p. 207, reprochaba al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2003 que "nada se dice, como tampoco se decía antes, de una posible intervención de las víctimas del delito o de las acusaciones particular y popular".

20 A favor de este incremento del papel de la víctima en el nuevo sistema penitenciario: BERISTAIN IPIÑA, A., "Justicia restaurativa", *Diario El País*, 12 de enero de 2003. Sobre la identificación de la sociedad con la víctima del delito, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 36.

si se ignoran los intereses de alguna de las partes en la contienda. Cosa distinta es lo que hace el legislador en la reforma practicada: dotar de un papel activo a la víctima en Derecho penitenciario, paso que no debió ser dado por el legislador; una vez que la víctima haya visto su responsabilidad civil satisfecha (no hay que olvidar la existencia de programas de acción de indemnizaciones a las víctimas de determinados delitos, en particular, de los delitos de terrorismo[21]) su papel debe terminar. Hacerle que pasados más de 35 años tenga que informar sobre si se concede o no la libertad condicional a un sujeto que lleva interno todos esos años supone "condenarla" también a ella a la pena de prisión de otro y no tiene ni sentido ni justificación. Ni sentido, porque de esta forma lo único que se consigue es que la víctima sea víctima siempre perpetuando sus necesidades de venganza; ni justificación, porque el Derecho penitenciario es una rama del ordenamiento jurídico en virtud de la cual el Estado, que es el titular del *ius puniendi*, articula la privación del bien más importante del que dispone una persona después de la vida: la libertad. La víctima no puede más que reclamar castigo —de hecho, es la que mayor necesidad retributiva de pena presenta dentro de los protagonistas del hecho delictivo— lo que difícilmente es conciliable con el Derecho penitenciario que tiene que estar orientado a la reinserción social.

Paradójicamente, y como consecuencia de dicha regulación, el propio legislador ha provocado una distinta valoración de las víctimas de los delitos, a pesar de que son exactamente igual, con independencia de las características del sujeto activo: la pena a cumplir por uno o por varios delitos de homicidio va a depender de las características del sujeto activo, aunque todas las vidas humanas tienen el mismo valor.

Esta es una evidencia más de la influencia en la reforma de los sistemas norteamericanos, influencia que en lo procesal ya ha sido puesta de manifiesto por SCHÜNEMANN[22]: sólo hay que pensar en la presencia de la víctima en el momento de la ejecución de la pena de muerte de su agresor.

---

21 *Ley 2/2003, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre de 1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.*

22 SCHÜNEMANN, B., "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano sobre el mundo?", en el mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 288 y ss. Sobre el control del delito y el castigo en Estados Unidos, véase HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

2.3. "Seguridad jurídica"

La reforma marca como finalidad esencial alcanzar el principio de "seguridad jurídica de los ciudadanos"[23]. Entiende el legislador que el mismo exige por un lado, y como consecuencia del principio de legalidad, el señalamiento previo de las conductas castigadas penalmente, así como de la pena correspondiente; pero además, conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas: "en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta" (punto I de la Exposición de Motivos).

La interpretación que se hace de este principio eje de la reforma es torcida. Contrariamente, el art. 25 de la Constitución al consagrar el principio de legalidad en el ámbito penal lo que dispone es que no puede haber pena si previamente no existe una ley de carácter orgánico que defina como delito la conducta: lo que la reforma proclama es el derecho de terceros a saber con certeza la pena que otro va a cumplir. Por su parte, el principio de seguridad jurídica en el ámbito penitenciario no puede ser practicado si no es desde la perspectiva de los principios que inspiran la ejecución de penas: la reeducación y reinserción social a través del sistema progresivo de individualización científica[24].

El fundamento de la reforma es pues incluir criterios preventivo generales negativos en el sentido no ya de intimidación sino de mero *show* durante una fase en la que deben primar exclusivamente criterios penitenciarios: con ello, el castigo se convierte en espectáculo y por tanto, los condenados en meros actores de una pantomima[25]. Afirma BARATTA que "el Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos

---

[23] Sobre la demanda de seguridad de la sociedad véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 30.

[24] Predica una función completamente retributiva y por ello trasnochada de la pena en el ordenamiento español: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro de las penas", cit., pp. 195 y ss.

[25] En este sentido afirma GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, cit., p. 67: "por lo que se refiere a la fase de ejecución propiamente dicha, considero que las finalidades preventivo-generales deben brillar por su ausencia".

decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural"[26].

La reforma se inspira en el funcionalismo sistémico de JAKOBS para quien la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma: "mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma (por 'a costa de' se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien). Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación"[27]. En efecto, en este esquema la culpabilidad pasa a ser entendida como mera fidelidad a la norma y el sujeto que delinque como un desobediente, un mero infiel que es objeto de castigo porque la colectividad así lo reclama. En este sentido afirma TERRADILLOS BASOCO que "una ley que no establezca más que el deber de obediencia sólo puede entenderse en razón de la tutela de los intereses específicos y excluyentes del grupo dominante, no la protección de bienes jurídicos"[28].

Es de tener en consideración que si en la culpabilidad se lleva a cabo un segundo juicio subjetivo de proporcionalidad, en este esquema ese mismo juicio se sustituye por otro de corte *intersubjetivo,* en el cual se termina por olvidar al propio sujeto que con su hacer dio lugar al juicio, esto es, se tiene en consideración a la hora de calcular la culpabilidad no las características del autor del hecho delictivo, sino las demandas punitivas de la sociedad. Si a ello se le une que también se renuncia a que la función del Derecho Penal sea la protección de bienes jurídicos y al cálculo de la pena abstracta con relación a su importancia y a la gravedad del ataque sufrido (primer juicio de proporcionalidad[29]) podrá entenderse que desde el punto de vista que aquí se ve, esta teoría haga peligrar la dignidad de la persona, que es la limitación más temprana

---

26 BARATTA, A., "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", cit., p. 45; del mismo, "Seguridad", cit., pp. 16.

27 JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teorías de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, traducción: CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., p. 12.

28 TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Peligrosidad social y Estado de Derecho,* Akal, Madrid, 1981, p. 28.

29 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 464.

que tiene el poder punitivo del Estado y, por ello, la garantía más fuerte que tiene el ciudadano frente a ese poder: la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, bebe de las aguas de esta clase de funcionalismo.

Muchas son las críticas que ha recibido este planteamiento sistémico[30], todas ellas trasladables a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003. Fundamentalmente, *la pérdida de la individualización* de la responsabilidad criminal en virtud de las características personales del sujeto activo; del hecho de que se traslade del individuo al sistema el centro de la subjetividad se deriva que la violación de la norma es disfuncional socialmente, no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto se discute la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados"[31]. Y si ello es así, se viola el principio de dignidad de la persona en la medida en que se le convierte en un objeto en manos de una sociedad vindicativa, esto es, en un *chivo expiatorio*: "la paradoja de esta teoría, consiste en centrar la responsabilidad sobre un sujeto que al mismo tiempo resulta des-subjetivizado respecto del sistema"[32].

Todo ello ha llevado a afirmar a ROXIN, siguiendo a SCHÜNEMANN que "el principio teórico-sistemático de JAKOBS desemboca... por necesidad en la apología del sistema respectivamente preexistente, en la medida en que se justifica la respectiva regulación legal negando la posibilidad de procesar el conflicto de un modo distinto y que sustituya a la pena"[33].

En definitiva, si en la culpabilidad desaparece la referencia al sujeto que delinque a la hora de calcular la respuesta penal y si en la

---

30 ROXIN, C., "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, n.º 30, traducción: SILVA SÁNCHEZ, J. M., pp. 680 y ss.; BARATTA, A., "Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica", en *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, n.º 1, pp. 5 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., "Prevención general, sociedad y psicoanálisis", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, n.º 16, pp. 93 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, n.º 1, pp. 87 y ss.

31 BARATTA, A., "Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica", cit., p. 11.

32 BARATTA, A., "Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica", cit., p. 11.

33 ROXIN, C., "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", cit., p. 683.

elaboración de la norma penal, el bien jurídico *protegido* se desplaza dejando que su lugar en el injusto sea ocupado por el respeto a la propia norma penal, la teoría sistémica de JAKOBS seguida por la Ley Orgánica 7/2003, elimina los logros que la dogmática penal ha conseguido con muchos esfuerzos durante los dos últimos siglos, retrocediendo a los postulados del *iuspositivismo* más exacerbado.

Pero es que además, la "seguridad jurídica" como necesidad del ciudadano es una necesidad falsa. BARATTA analiza el concepto de seguridad distinguiendo según sea visto como una "necesidad humana" o como una "función general del sistema jurídico"[34]. En ambos supuestos concluye que la seguridad es secundaria: desde el punto de vista de las necesidades humanas, lo primario han de ser las necesidades básicas o reales: "como 'necesidades básicas' entendemos aquellas que se han estabilizado en la historia natural del hombre y por lo tanto tienen un alto grado de constancia en el tiempo y en el espacio, así como las necesidades de alimentos, vestimenta y abrigo. Por 'necesidades reales' entendemos aquellas, altamente evolutivas, que se producen en relación dinámica entre satisfacción de las necesidades, desarrollo de las capacidades y surgimiento de nuevas necesidades. Esta relación dinámica es propia de la historia social del hombre"[35]. Desde el punto de vista del sistema jurídico, en el que la necesidad de seguridad se presenta en la forma de derechos, la seguridad es también accesoria a todas las otras necesidades reconocidas como tales derechos en el sistema: "decir 'los derechos son ciertos' significa, desde el punto de vista interno, que la norma que los protege es suficientemente clara, consistente con las reglas y los principios de la Constitución y operacionalmente coherente con el procedimiento legal en el que se debe asegurar su justificabilidad"[36].

Por todo ello concluye que "un derecho fundamental a la seguridad" no puede ser otro que "el resultado de una construcción falsa o perversa. Más que el derecho a la seguridad debe promoverse la seguridad de los derechos"[37]: lo que ha de practicarse es pues una política integral de protección y satisfacción de todos los derechos humanos[38].

---

34 BARATTA, A., "Seguridad", *Capítulo Criminológico*, 2001, n.º 29, pp. 3 y ss.

35 BARATTA, A., "Seguridad", cit., p. 4.

36 BARATTA, A., "Seguridad", cit., p. 6.

37 BARATTA, A., "Seguridad", cit., p. 7.

38 *Ver la propuesta* de construcción de un sistema de "seguridad de los derechos" de BARATTA, A., "Seguridad", cit., pp. 13 y ss.

2.4. "Lucha contra la delincuencia"

Como se decía, además de lograr la ficticia "necesidad de seguridad jurídica", la reforma practicada se dirige a alcanzar el objetivo de "lucha más efectiva contra la criminalidad". En este sentido, en el punto II de la Exposición de Motivos se afirma que "como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento".

Se puede observar que el legislador utiliza también en este caso partidistamente las tesis que pone en boca de esta mejor doctrina, pues para ella, no intimida más la pena larga sino la pena que se sabe de inevitable cumplimiento que por la eficacia policial en la averiguación de los hechos y por la pronta respuesta judicial en activar la justicia, no por la certeza o incerteza de su larga o menos larga duración[39]; esto es, la certeza del castigo se obtiene no consagrando penas de 40 (o 35) años de cárcel, sino dotando de agilidad a la justicia y a la policía[40].

Lo que se consigue asegurando el cumplimiento en todo caso de penas de hasta 40 años es que el terrorista o el delincuente perteneciente a una organización criminal, y como consecuencia de las reglas del concurso real, en su huida no tenga reparo alguno en atentar contra más bienes jurídicos mejor, pues haga lo que haga —una vez alcanzada determinada gravedad— ya da igual a efectos de penas[41].

---

[39] Véanse los resultados del estudio criminológico que realiza KURY, H. ("Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?", cit., pp. 294 y ss.) en el que analizando datos de Estados Unidos, Finlandia y Alemania, concluye que la elevación de la duración de las penas (o la ejecución de penas de muerte) no disminuye la tasa de criminalidad. En el mismo sentido, FERDINAND, T. N., "¿Funcionan las penas?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 348.

[40] TERRADILLOS BASOCO, J. M. en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 71; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, cit., p. 44; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Eficiencia y Derecho penal", *ADPCP*, 1996, n.º 1, p. 114.

[41] MAPELLI CAFFARENA, B., *Diario Cádiz*, 10 de enero de 2003.

3. *Ámbito subjetivo de aplicación*

La finalidad de hacer cumplir de forma íntegra las penas en prisión no se persigue en todo caso, sino sólo cuando se trate de condenados por unos concretos delitos, esto es, los de terrorismo de la sección II del capítulo V del Título XXII del Libro II y los cometidos por personas pertenecientes a organizaciones criminales. En relación con estas últimas hay que afirmar que no existe dentro de nuestro Código penal disposición alguna que las defina[42]. En los delitos de tráfico de drogas, delincuencia sexual y en los delitos de tráfico de personas ya se agrava la pena por la pertenencia a una organización criminal, con lo cual no se sabe bien si la reforma se restringe a estos supuestos o a cualquier otro en el que sus autores pertenezcan a una organización criminal (por ejemplo, la organización que se dedica al robo y tráfico de obras de arte; o a traficar con géneros corrompidos).

Puede comprenderse pues que es un criterio subjetivo el que determina el ámbito de aplicación de la ley, por lo que claramente se trata de una muestra de Derecho penal de autor, frente al Derecho penal de hecho que caracteriza a los Códigos penales más avanzados en su ideario democrático[43]. Afirma BARATTA que la existencia de una tendencia de desarrollo hacia una nueva forma de "personalización" de la antijuricidad "distinguida por una mayor relevancia de los 'elementos subjetivos' de los tipos penales, por un mayor empleo de elementos normativos en su formulación, por una tendencia del Derecho penal a controlar no sólo la conducta, sino también la lealtad del sujeto al ordenamiento y al Estado. Se trata de aspectos de lo que contextualmente puede ser considerado

---

42 En el mismo sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial destacaba la necesidad de que el legislador proporcione una definición autónoma de organización criminal con los fines establecidos en estos preceptos "limitando el alcance de los delitos a que se refiere en función de una determinada gravedad". El Informe puede ser consultado en la siguiente dirección: www.poderjudicial.es/CGPJ.

43 Ha de señalarse no obstante en lo que a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación se refiere, que si bien toda la reforma está dispuesta para personas condenadas por delitos de terrorismo o pertenecientes a una organización criminal, en el punto II de la Exposición de Motivos se amplia además a los delitos "que revisten una gran peligrosidad", referencia, en virtud de la cual, se reforma el art. 76.1 y se introduce una nueva letra c) que amplia el tiempo máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad hasta 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, *dos de ellos* estén castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

como una transferencia del concepto de antijuricidad y de las técnicas de imputación de responsabilidad penal de las características de la acción hacia las características del autor"[44].

El efecto práctico alcanzado es el opuesto al deseado: el hecho de que la reforma tenga en consideración como referente un parámetro de carácter subjetivo sirve para que los delincuentes se identifiquen aun más con su propio colectivo, esto es, para que radicalicen sus posturas fomentándose en vez de luchar contra la autoprotección del grupo por la marginalización del mismo[45]. La identidad con el grupo, el saberse castigado por la pertenencia al mismo va a servir de acicate para que aquél no se abandone, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata en la mayoría de los casos de delincuencia por convicción. Así, la "Propuesta de Veto número 3" presentada por dos senadores de Izquierda Unida afirma que "estas medidas ni frenarán la delincuencia (como así lo demuestra la experiencia en sociología criminal comparada) ni reducirán el apoyo a ETA, organización que ante los ataques penales se compacta y endurece, mientras que ante la reinserción de sus ex miembros se debilita"[46], algo que, por otro lado, ya fue puesto de manifiesto por TERRADILLOS BASOCO en con ocasión de la aprobación de las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de terrorismo[47].

4. *Las concretas medidas tendentes al endurecimiento de la respuesta penal-penitenciaria*

4.1. El denominado "periodo de seguridad"

La Ley Orgánica 7/2003 no afectó al art. 36 en su párrafo primero. Ha sido la Ley Orgánica 15/2003 la que ha modificado el límite mínimo de duración de la pena privativa de libertad que pasa de seis a tres meses.

---

44 BARATTA, A., "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", cit., p. 46.

45 Ver BARATTA, A., "Introducción a la criminología de la droga", cit., pp. 27 y ss.

46 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie II, 9 de junio de 2003, n.º 130, p. 13.

47 TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y derecho*, cit., pp. 19 y ss.

El párrafo segundo del art. 36.1 sigue señalando que "su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código"[48].

Lo que sí ha incluido la Ley Orgánica 7/2003 en el art. 36 es un número segundo en el que se establece un periodo en el que por motivos de seguridad se imposibilita el acceso o la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario: "cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta".

De nuevo, como se observa, es la idea de alcanzar la "seguridad" —reinante en la Exposición de Motivos— la que legitima la introducción de semejante periodo[49]; con lo que demostrada anteriormente la falacia de dicha necesidad de seguridad, queda demostrada la falta de necesidad de este periodo.

El párrafo 2.º del nuevo art. 36.2 establece que el Juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección II del capítulo V del Título XXII del Libro II o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y "las demás partes", la aplicación del régimen general de cumplimento. El Anteproyecto todavía era más riguroso pues condicionaba la aplicación de esta excepción a que se hubiera cumplido la cuarta parte de la condena. La eliminación del límite cronológico permite que el Juez de vigilancia en virtud de criterios preventivos especiales determine aplicar el régimen general de cumplimiento que queda limitado a las penas

---

48 No obstante, con independencia de lo que se señalará a continuación sobre la Ley Orgánica 7/2003, el *Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal* reduce la duración mínima de la pena de prisión de seis a tres meses señalando en su Exposición de Motivos que con ello "se consigue que la pena de privación de libertad de corta duración cumpla una función de prevención general adecuada respecto de las infracciones de escasa importancia".

49 Como se verá posteriormente, este periodo de seguridad comparte fundamento con el art. 78 si bien aquí sólo se hace referencia a la clasificación en tercer grado y no a la obtención de permisos o el acceso para la libertad condicional.

de prisión de duración inferior a cinco años, eso sí, con la excepción de personas condenadas por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La interposición de un obstáculo temporal a la resocialización del delincuente no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, con anterioridad, la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor* en su art. 9.5 ya lo había introducido para aquellos menores que hayan cumplido 16 años en el momento de la comisión de un delito con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas de "extrema gravedad", si bien, aunque criticable en todo caso por suponer una limitación "al mejor interés del menor", todavía podría justificarse en el marco del Derecho penal juvenil si se tiene en cuenta que la finalidad de las medidas de internamiento es eminentemente educativa "aunque de especial intensidad" y por ello es necesario llevar a cabo con los mismos programas educacionales que requieran tiempo para su completo desarrollo.

En la Exposición de Motivos se justifica la introducción de este periodo de seguridad, señalando que el mismo ya existe en "otros derechos europeos" y porque así lo aconsejó "la comisión técnica para el estudio de la reforma del sistema de penas". Con independencia de que no es éste el lugar apropiado para llevar a cabo un estudio sobre derecho comparado[50], el hecho de que se recurra a este argumento no pone de manifiesto más que el complejo de inferioridad que tiene el legislador español, que confía más en los instrumentos extranjeros, precisamente por ser extranjeros, que en los propios.

La naturaleza jurídica de este periodo de seguridad queda plasmada en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: "se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal,

---

[50] Así, por ejemplo, el art. 132 del Código penal francés dispone un periodo de seguridad obligatorio para penas privativas de libertad, no acompañada de remisión condicional, igual o superior a diez años, impuesta por las infracciones específicamente previstas por la Ley, y un periodo se seguridad facultativo en supuestos de condenas a penas de prisión superior a 5 años. En particular destaca que en este caso, no es que se impida las reducciones de condena sino que éstas sólo serán imputadas "en la parte de la pena que exceda de su duración". Por su parte, el art. 57 StGB establece también un periodo de seguridad para conceder la libertad condicional: el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta "por lo menos seis meses".

que sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que a la ahora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de la libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida".

En este párrafo se hace referencia a una pluralidad de cuestiones que han de ser analizadas. En primer lugar, el periodo de seguridad no es una "institución puente": en la medida en que no afecta a la cantidad de injusto ni a la culpabilidad ni es una condición objetiva de punibilidad no puede ser tenida en consideración por el Derecho penal y por ende por el Código penal a la hora de determinar la pena. De la ejecución de la pena se encarga el Derecho penitenciario y, por lo tanto, la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de semejante periodo, debió ser, en su caso, la Ley Orgánica General Penitenciaria[51] con la que está en palmaria contradicción.

En segundo lugar, tampoco resultan claras las referencias que se hacen a la "proporcionalidad": ésta es una cuestión que depende de la cantidad de injusto y de culpabilidad y compete al legislador cuando lleva a cabo la tipificación de cada uno de los delitos y el señalamiento de la pena que les corresponde. Cometido el delito, el Juez, en su sentencia, dentro del marco penal típico señalará la pena concreta que le corresponda en atención a las reglas de determinación judicial (arts. 61 y siguientes). Con ello se satisface ya el principio de proporcionalidad. Como ha afirmado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 la norma penal no debe producir un 'patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho' (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, fundamento jurídico 8.º) o una 'actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona' (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, fundamento jurídico 9.º) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma".

---

51 En el mismo sentido se manifiesta el Informe del Consejo General del Poder Judicial si bien su preocupación no es otra que poder aplicar su contenido de forma retroactiva, cuestión que depende "de su naturaleza jurídica".

Por otro lado, la referencia que en el texto trascrito de la Exposición de Motivos se hace "a los fines de prevención general y especial" también es errónea: las necesidades preventivo-generales se satisfacen desde el momento en que se lleva a cabo la incriminación abstracta y no durante la ejecución de la pena, en la medida en que en un Estado social y democrático de derecho que parte de la dignidad de la persona como premisa, durante la ejecución, las finalidades preventivo generales han de quedar al margen[52], a no ser que, como se decía anteriormente, se convierta la ejecución penal en un espectáculo y al condenado en protagonista de la pantomima. En efecto, el Informe del Consejo General del Poder Judicial señala que la introducción de este periodo de seguridad no es más que reflejo en la fase de la ejecución de la pena de las ideas de "defensa del orden jurídico" y del "sentimiento de la comunidad sobre la vigencia de la norma"; así afirma que periodo de seguridad es sinónimo de "compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante este periodo consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial. La comunidad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, y, en consecuencia, el sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico podría resentirse".

Durante la ejecución de la pena, sólo han de ser tenidas en consideración finalidades preventivo-especiales: esto es lo que expresamente dice el art. 25 de la Constitución cuando señala que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzosos. Y esta es la finalidad que, como se decía anteriormente, impide el legislador a lo largo de todo el articulado de la Ley Orgánica 7/2003 al utilizar la dignidad humana. En definitiva, como afirma TERRADILLOS BASOCO "lo preventivo-especial se condiciona así a presuntas demandas sociales que, además de no haber sido probadas, nada tienen que ver con los fines de la pena"[53].

La instauración de este periodo de seguridad es incompatible con lo dispuesto en la Ley Orgánica General Penitenciaria en su art. 72 números 3.º ("siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser

---

52 GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, cit., p. 67.

53 TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., p. 376.

situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden") y 4.º ("en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión"). Los criterios para la clasificación de grado se refieren exclusivamente a la evolución del tratamiento penitenciario a través del cual se persigue en definitiva que el interno adquiera "conciencia social" (art. 61[54]). Sólo el art. 63 incorpora como uno más de los criterios a tener en consideración para clasificar en grado la duración de la pena impuesta, que no es ni el criterio único, ni el más importante, ni el definitivo. No obstante, como se verá a continuación, la Ley Orgánica 7/2003 también ha reformado los requisitos para la clasificación y progresión al tercer grado[55]. La contradicción existente ha sido destacada por el propio Informe del Consejo General del Poder Judicial que ha resaltado la necesidad de que se adaptaran las disposiciones penitenciarias al contenido del nuevo art. 36 señalando sin complejo alguno que en nuestro ordenamiento jurídico "ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva, por lo que en realidad rige un sistema mixto".

La limitación que realiza el legislador a las penas superiores a 5 años pone de manifiesto el fundamento tautológico de la reforma pues con ello se está afirmando a su vez que la pena privativa de libertad, tal como la ha diseñado el legislador en la Ley Orgánica General Penitenciaria, sólo cumple su finalidad —la reinserción social— en las penas de prisión inferiores a 5 años, es decir, que las penas superiores, no tienen otro fundamento que el castigo por la inobservancia de la norma y están dirigidas a satisfacer las supuestas demandas punitivas de la sociedad.

Finalmente, como se decía con anterioridad, es fácil comprender que "las demás partes", esto es, las acusaciones popular y particular, carecen

---

54 "La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento".

55 Una desconfianza absoluta en el régimen penitenciario español puede verse en MANZANARES SAMANIEGO, J. L, "El cumplimiento íntegro de las penas", cit., pp. 206 y ss., para el que tanto la clasificación en tercer grado, como la concesión de permisos de salida son ampliamente criticables.

por completo de datos sobre la "evolución del tratamiento reeducador", a no ser que se pretenda incluirlas dentro del tratamiento penitenciario junto al equipo técnico.

4.2. Los nuevos criterios para la clasificación o progresión hacia el tercer grado de tratamiento penitenciario

4.2.1. La satisfacción de la responsabilidad civil

La reforma ha incluido en el art. 72 de la Ley Orgánica General Penitencia un requisito más para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario "al margen de los establecidos por el Código penal"[56]: "que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito"[57/58] que, como se sabe, no es la única ocasión en que el legislador penal recurre a ella para aplicar determinados institutos penales[59].

---

[56] Con ello se está haciendo referencia al art. 36 en los supuestos en que se trate de penas de duración superior a cinco años.

[57] Considerando a tal efecto "la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición".

[58] A estos efectos, la Ley Orgánica 7/2003 ha reformado también el art. 989.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud del cual "1. Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Jueces o Tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales, las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia".

[59] Así, en el Libro I del Código, el art. 81.3 considera condición necesaria para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad "que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado", eso sí, "salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal,

"Singularmente" esta disposición se aplicará en los supuestos en los que el interno hubiera sido condenado por la comisión de un delito en los que exista un gran perjuicio o beneficio económico (delitos contra el patrimonio y contra el orden económico que bien hubieran revestido "notoria gravedad", o hubieran perjudicado a una "generalidad de personas"; delitos contra los derechos de los trabajadores; contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública de los capítulos V a IX del título XIX). Ha de entenderse que a pesar de que señale que "singularmente" dicho requisito va a ser exigido a los supuestos que expresamente señala, nada impide apreciarlo "en general", en cualquier otro caso, en el que el delito haya dado lugar a responsabilidad civil: el hecho de que no se señale de forma expresa la necesaria apreciación de este requisito hace que se introduzcan en la legislación penitenciaria amplios márgenes a la discrecionalidad judicial, cuya limitación es uno de los factores que han determinado la reforma operada por la propia Ley Orgánica 7/2003.

Sabido es que la responsabilidad civil será liquidada en el mismo proceso en el que se resuelva la responsabilidad penal de la que se deriva o en la jurisdicción civil, si el perjudicado decide reservar sus acciones para ejercerlas en aquella sede (art. 109.2). Si en la sentencia penal o civil se declara la imposibilidad total de hacer frente a la misma, en forma alguna se podrá limitar la concesión del tercer grado a dicho requisito. Por ello ha de entenderse que lo dispuesto en el nuevo art. 72 tendrá validez para aquellos supuestos en los que el sujeto sea solvente, total o parcialmente y no haga frente a ella voluntariamente o por vía de apremio.

Como se puede observar, la finalidad del legislador con la inclusión de esta disposición en la ley penitenciaria no es otra que hacer resurgir los beneficios económicos obtenidos por el delito para evitar el enriqueci-

---

declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas"; para sustituir unas penas por otras, ha de estarse, entre otras cuestiones, al "esfuerzo para reparar el daño causado" (art. 88.1); la cancelación de antecedentes penales requiere "tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna". En el Libro II, también se hace referencia en determinados delitos a la reparación o disminución del daño a la víctima como criterio de determinación de la pena. Ver TERRADILLOS BASOCO, en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 253.

miento del reo. A pesar de que dicha finalidad pueda ser considerada loable, han de puntualizarse sin embargo algunas cuestiones. Así, ha de destacarse que en él se está afirmando que la satisfacción o no de la responsabilidad civil va a determinar la clasificación o progresión hacia el tercer grado: esto es, una sanción que está dirigida a satisfacer intereses privados[60] va a determinar la forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad. A ello ha de añadirse que si la responsabilidad civil ha prescrito, no podrá condicionarse la clasificación penitenciaria al pago de la misma; en este caso, ante el silencio del Código y en la medida en que como su propio nombre indica esta clase de responsabilidad es de naturaleza civil, habrá que estar al plazo de prescripción que establece el Código Civil para esta clase de obligaciones (art. 1968.1 del Código civil): un año[61].

Por otra parte, el hecho de que haya aflorado el beneficio obtenido por el delito es dato que constantemente es tenido en consideración por la jurisprudencia para determinar la pena (art. 66), por lo que volver a tomar en consideración el mismo dato para una vez determinada y empezada a cumplir la condena, condicionar la clasificación en tercer grado, supone una violación del principio *non bis in idem*. En este caso, la referencia a la responsabilidad civil y, con ella, al perjudicado por el delito incorpora a la Ley Orgánica General Penitenciaria criterios pertenecientes a las relaciones existentes entre la víctima y el autor, que ha de permanecer ajena al Derecho penitenciario.

4.2.2. La colaboración con la Administración de justicia

Pero como se decía, la Ley Orgánica 7/2003 ha incorporado al art. 72 de la Ley General Penitenciaria un número 6 en el que se incluye un criterio específico para la clasificación (algo por definición imposible, porque en ningún caso un interno de los que se hace aquí referencia podrá ser clasificado inicialmente en tercer grado) o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario para los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de una organización

---

60 ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M. A./ ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 418.

61 TERRADILLOS BASOCO, en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. p. 236.

criminal: "que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado". A estos efectos lleva a cabo el legislador una "inversión de la carga de la prueba", en la medida en que el mismo precepto sigue diciendo que lo anterior "podrá acreditarse" —lo que no impide que sean otros medios los que prueben que el condenado se ha separado de la banda armada, organización o grupo terrorista— "mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades, asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".

Como se sabe, el Código penal en su art. 579.3 atenúa en uno o dos grados la pena del terrorista por el abandono voluntario de sus actividades, la confesión de los hechos en que haya participado y además por la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción del delito o por la ayuda en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado. Semejante disposición se incluye en el art. 376 para sujetos condenados por delitos relacionados con el tráfico o difusión de drogas tóxicas. Se consagra legalmente un *bis in idem* pues el mismo dato sirve para atenuar la pena y para la posterior clasificación penitenciaria.

Piénsese por tanto en el sujeto que ve atenuada su pena, según lo dispuesto en los preceptos señalados: concurriendo ya el presupuesto objetivo —la colaboración con la Administración de Justicia— con independencia de que se haya producido o no la declaración expresa de repudio (pues la mera delación de un compañero de la banda criminal supone ya de por sí el alejamiento "forzado" de la misma) y, con ello, la atenuación en uno o dos grados de la pena impuesta, no podrá concederse la clasificación en tercer grado hasta que se haya cumplido de forma efectiva la mitad de la pena en prisión: el castigo es lo único que puede fundamentarla.

Si ya es criticable que el Código penal atenúe la pena por la delación, el que ahora se condicione la clasificación en tercer grado a este mismo dato, no puede ser más que rechazada. Nótese que el legislador con la reforma que ha operado de la Ley Orgánica General Penitenciaria no hace más que excepcionar lo dispuesto en la misma. En puridad de principios, la cuestión pasa por responder con sinceridad al siguiente interrogante: la delación ¿puede ser efectivamente considerada por parte de los especialistas de la prisión como un síntoma de "conciencia social"?: no se trata de convertir al terrorista en un buen preso, sino en un buen ciudadano, por lo que la contradicción está servida.

Más llamativos resultan todavía los medios de prueba a través de los cuales "puede" acreditar el "preso" los signos inequívocos mencionados: "una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia" y "una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito", además de "los informes técnicos" que acrediten la desvinculación de la organización terrorista, del entorno, de las actividades, asociaciones y colectivos ilegales así como su colaboración con las autoridades, requisito que en iguales términos se exige a la hora de proceder a conceder la libertad condicional. Ello pone de manifiesto un entendimiento erróneo del concepto de resocialización: no se puede condicionar la resocialización individual al genérico requisito del repudio y a la "petición de perdón".

Con ello, el legislador convierte la resocialización en una cuestión de fe y de confianza en el modelo de otro, se comparta o no el modelo. Este último requisito es intentar resocializar a la fuerza al estilo del positivismo criminológico italiano: ha de tenerse en consideración que resocialización no significa hacer prevalecer ningún credo sobre otro. Resocializar, como afirma BARBERO SANTOS, ha de entenderse como intentar que en un futuro un sujeto no vuelva a cometer delitos en la sociedad con independencia de que piense en su foro interno de una manera u otra[62]. Por ello, habrá que conformarse con que el condenado

---

[62] BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual", en el mismo, *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, p. 170. Como afirman DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P. "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", cit., pp. 126-127, no se trata de someter al condenado a un "lavado de cerebro", sino que ha de limitarse "a lograr que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos, pero sin intentar que suman como propios valores o creencias que, en ningún caso,

no vuelva a colaborar activamente con la organización, lo que no es lo mismo que exigirle que colabore activamente con la Administración de justicia.

4.3. El aumento del tiempo máximo de permanencia en prisión

4.3.1. La reforma de los arts. 76 y 78 del Código penal

Dentro de las reglas de determinación de la pena en materia de concurso real de delitos, al art. 76.1 se le añaden dos letras en virtud de las cuales se prevé el cumplimento efectivo de 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y *al menos dos de ellos* estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años (letra c), y cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección 2.ª del capítulo V del Título XXII del Libro II y *alguno de ellos* esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años (letra d)[63].

Nótese que en este caso no se hace expresa mención, junto a los delitos de terrorismo, a los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, con lo cual a éstos habrá que aplicarles la letra c) y exigir por tanto que *dos o más de los delitos* cometidos estén castigados con penas de prisión superiores a 20 años.

El endurecimiento de la respuesta penal es general[64], pues alcanza a todos los sujetos, con independencia de que el art. 78 señale un régimen distinto para unos (los condenados por delitos de terrorismo y —de nuevo— por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales) y los demás: a ello se refería la Exposición de Motivos —en su punto II— cuando ampliaba el campo de la reforma, junto a los condenados por

---

deberían entrar a formar parte de su acervo ideológico personal. Se trata, pues, del respeto aséptico a los bienes jurídicos, no de la aceptación sincera de los mismos como algo necesariamente positivo".

63 También se modifica el núm. 2, en el que se señala que dichas limitaciones "serán de aplicación aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o *el momento de su comisión*, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo".

64 Véanse los efectos de la pena privativa de libertad sobre el privado de ella en BARATTA, A., *Criminología critica e critica del diritto penale*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1982, pp. 185 y ss.

delitos de terrorismo y a los procedentes del crimen organizado, a "los que revisten una gran peligrosidad".

En efecto, lo dispuesto en el art. 76 ha de ser completado con la regla de determinación "del castigo" del art. 78: si a consecuencias de los límites del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado así como el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia. Ese acuerdo será obligatorio en los supuestos previstos en los párrafos a), b) c) y d) (es decir, en todo caso) siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Si el presupuesto para aplicar el art. 78.1 es precisamente que la pena a cumplir resulte inferior a la totalidad de la condena impuesta, este número 2 no añade nada, sino sólo convertir en obligatoria la aplicación del régimen del art. 78.1 a todos los supuestos para los que está previsto.

Es de resaltar que, a contrario de lo que disponía el art. 78 antes de la reforma, el ya vigente no obliga al Juez a "motivar" la decisión; no obstante, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debe seguir obligándole a ello (art. 9.3 de la Constitución), a pesar de que la intención del legislador haya sido precisamente eludirlo. Por otro lado, antes de dicho momento, el art. 78 señalaba el criterio que determinaba la aplicación de dicho régimen: "la peligrosidad criminal del penado"; la nueva redacción evita hacer referencia a criterio alguno con lo cual, se vulnera la dignidad de la persona.

Pero el endurecimiento del régimen del art. 78 antes y después de la reforma no se queda ahí: ha de tenerse en consideración que antes sólo señalaba que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se computarían a partir de la suma del total de la pena impuesta, algo que ya dio lugar a muchas criticas por parte de la doctrina[65]. Ahora, junto a los anteriores, se añaden los permisos de salida y la clasificación en tercer grado.

En el Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2003, se preveía la posibilidad de aplicar el régimen común del art. 76 que el Juez de vigilancia

---

[65] Por todos, véase BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M. A./ ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 61.

penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador "siempre que no se trate de delitos de terrorismo o de la sección 2.ª del Capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales" oídos el Ministerio Fiscal, instituciones penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. *A sensu contrario*, se preveía el cumplimiento efectivo en primero o en segundo grado de tratamiento penitenciario de 40 años de prisión para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal, sin beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para acceder a la libertad condicional pues para su concesión se tenía en consideración el total de la pena impuesta. La consecuencia práctica que de esta forma se alcanzaba era la siguiente: la puesta en libertad directamente a los 40 años, sin haber pasado por tercer grado y sin libertad condicional, que son las fases del tratamiento penitenciario más cercana a la puesta en libertad y necesarias para ir preparando al recluso para la vida en libertad.

La redacción final del precepto es fruto de las enmiendas presentadas por los Grupos Socialista y Popular que pretendían que se mantuvieran "el tratamiento individualizado de cada terrorista para acceder a beneficios penitenciarios"[66]: en este sentido se afirmaba que el Código penal tenía que contar con una respuesta distinta para el terrorista que quisiera abandonar la organización a la que pertenecía del que no quisiera hacerlo.

El texto definitivamente aprobado[67] señala que si se tratase de delitos de terrorismo de la sección 2.ª del capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) al tercer

---

66 Véase la entrevista que publica el *Diario El Mundo*, 7 de marzo de 2003, a J. F. López Aguilar, secretario de Libertades Públicas del PSOE. También el Informe del Consejo General del Poder Judicial reclamaba la introducción "de algún tipo de mecanismo jurídico o de precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquel otro que se encuentre en el caso contrario".

67 Como se señaló anteriormente, el Informe de la Ponencia del Congreso sólo admitió las enmiendas 47 a 58 presentadas por los Grupos Parlamentario Popular y Socialistas, sobre la introducción de mecanismos legales que permitan la resocialización: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 12 de mayo de 2003, n.º 129-9.

grado cuando quede por cumplir la quinta parte del límite máximo de cumplimiento (esto es, se podrá llevar a cabo la clasificación en tercer grado a los 32 años de cumplimiento en 1.º o en 2.º grado); b) a la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena (esto es, a los 35 años).

Como se observa, en uno y otro supuesto, sólo se permite lo que expresamente se señala, por lo que hay que entender que no podrán disfrutar de beneficios penitenciarios ni de permisos de salida. Esto significa una vez más confusión: los permisos de salida no son más que fases del tratamiento y se conceden no como premios sino como parte de aquél: suponen en definitiva, pequeñas dosis de libertad en una vida sin libertad. Por lo mismo, la clasificación en tercer grado, no tiene nada que ver con la clase de pena impuesta sino con la evolución del tratamiento.

Esta disposición lo único que pone de manifiesto es la "mala conciencia del legislador" y la creación de un mecanismo diabólico en virtud del cual disfraza bajo la apariencia de "reinserción social" y "respeto formal" al art. 25 de la Constitución lo que no son sin más ansias encubiertas de castigo. No se puede pretender alcanzar el fin constitucional mencionado cuando se condiciona la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario a 32 años en primero y segundo grado y la libertad condicional al cumplimiento efectivo de 35 años (tres de los cuales se habrán cumplido en tercer grado). La finalidad pues no es la reinserción, sino el castigo[68]. Por ello se trata de una norma inconstitucional que además es muestra no ya de función simbólica del Derecho penal, sino de un puro enmascaramiento "dirigido a cubrir objetivos —ganar elecciones, acallar reivindicaciones sociales, etc.—, ajenos a los declarados. Lo que constituye un importante factor de ilegitimidad tanto política como jurídica"[69]: si las penas han de estar orientadas a la reeducación y a la reinserción, no pueden ser impuestas las que impidan que con su ejecución se alcancen estos objetivos[70].

---

[68] Además de que, como se ha visto, el mero aumento de la duración de las penas no es mecanismo eficaz para luchar contra la delincuencia. KURY, H., "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?; cit., p. 286; FERDINAND, T. N., "¿Funcionan las penas?", cit., p. 340.

[69] TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., p. 366; véase también DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995".

[70] A no ser que se parta, como parte MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro de las penas", cit., p. 199, de que hay condenados que son imposibles de resocializar.

El incremento a 35 o a 40 años de la duración de la pena carcelaria así como la introducción —o mejora— de mecanismos en cuya virtud se asegura en todo caso el cumplimiento total de las mismas se traduce en la práctica reintroducción de la pena de cadena perpetua en nuestro sistema penal-penitenciario —si se quiere, una cadena perpetua "a la española"—. No otra cosa supone la condena a estar internado durante tantos años en un establecimiento penitenciario, sin posibilidad de ser clasificado en tercer grado de tratamiento, ni, por lo tanto, de obtener la libertad condicional —aun en el caso de enfermos terminales o mayores de 70 años— o de un permiso de salida por motivos extraordinarios: la imagen patética y trasnochada de los ataúdes saliendo de las cárceles llegarán a ser vistas en nuestro país, sin olvidar, como afirma RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, la reconversión de los establecimientos penitenciarios españoles en auténticos "asilos penitenciarios"[71].

Pero lo más relevante es que las penas de larga duración se han demostrado ineficaces por los efectos desocializadores, desde varios puntos de vista: desde la humanización de las penas, hasta los derechos de los reclusos y, en especial, el respeto debido a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad[72]. Las penas privativas de libertad son penas fundamentalmente temporales, en las que se ha venido observando una lenta pero permanente tendencia a reducir el tiempo máximo de su duración, bien durante la fase de ejecución, a través de los beneficios penitenciarios, bien nominalmente. En esta limitación temporal de la prisión no juegan sólo razones de prevención especial, sino también la sensibilidad histórica que hace que basten para la función de la prevención general penas menos graves que en épocas anteriores.

Una pena de 35 ó 40 años de internamiento es una pena inhumana por prolongada en el tiempo. En sentido contrario se manifiesta el Informe del Consejo General del Poder Judicial en el que se afirma que en

---

[71] RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Penas y Constitución", en www.juecesdemocracia.es.

[72] TERRADILLOS BASOCO, en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 70; BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M. A./ ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 55 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, cit., p. 31.

distintos países de nuestro entorno cultural existen penas de cadena perpetua, ocultando intencionadamente que en todos ellos existen periodos de revisión de dichas condenas que hacen pues que de la cadena perpetua no quede más que su nombre, porque no son perpetuas[73]. En este sentido, basándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 2000 entiende que "la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues 'depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena".

Ha de tenerse en consideración que, a pesar de que ya por su duración pueda ser considerada una pena inhumana, es lo cierto que incluso desde la interpretación que hace el Consejo, la reforma no pasa el límite mínimo de constitucionalidad: si la humanidad de la pena depende de las condiciones y de las modalidades de cumplimiento, en tanto en cuanto se justifique dicha nueva regulación en atención a criterios preventivos generales que no tienen en consideración la prevención especial, se está contemplado una pena que ignora la dignidad de la persona. No es de extrañar pues que a continuación, el Informe mencionado —cuando analiza los fines de la pena— afirme que la resocialización ni es el único fin de la pena ni, en su opinión, el más importante pues las necesidades de reafirmación del ordenamiento jurídico no pueden ser olvidadas: del art. 25 de la Constitución deduce que "en ningún caso el legislador (y menos aun el poder reglamentario) podrá establecer penas privativas de libertad que, sea por su duración, o muy particularmente por su modo de cumplimiento (régimen de beneficios penitenciarios, modalidades del tratamiento de al interno —*sic*—, etc.) impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y la reinserción social del condenado". Por ello, lo que debió afirmar es la inconstitucionalidad de la ampliación del plazo máximo de cumplimiento hasta los 40 años, sobre todo porque el art. 78 impide a estos sujetos obtener permisos de

[73] A favor de la introducción en España de la cadena perpetua al estilo de la cadena perpetua alemana (que, como se ha dicho no es tan perpetua porque a los 15 años prevé la revisión): MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro de las penas", cit., pp. 208 a 210.

salida, el acceso al tercer grado o la libertad condicional, esto es, lo que les reconoce a los demás internos (en mayor medida además a aquellos que hayan sido condenados por delitos de terrorismo). Luego no es cierto que en estos casos se trate de un "moderno sistema de ejecución de penas". Terminar en este punto afirmando que a los efectos de la resocialización "no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo, en caso de pronóstico favorable de reinserción" es pura osadía.

En definitiva, con la nueva regulación del art. 78 el legislador apunta todavía más claramente a sistemas penitenciarios en los que al entrar, el interno sabe que invariablemente va a cumplir un determinado número de años, a modo de los sistemas norteamericanos. Esta clase de sistemas tienen graves inconvenientes que son los que se eliminan con los sistemas progresivos de ejecución de penas que están concebidos precisamente, sobre la idea de que se sabe con certeza el día del inicio del cumplimiento de la pena, pero la salida de la prisión, en régimen de tercer grado o en libertad condicional, no es previamente determinado[74]; de esta forma se consigue encauzar favorablemente el innato deseo de libertad de los internos, estimulando en ellos la emulación que habría de conducir a la liberación[75]: el fantasma de los sistemas *Auburn* y filadélfico aparecen pues por esta vía.

4.3.2. La nueva concepción de la libertad condicional

Como se sabe, la libertad condicional es la última fase de desarrollo de la pena privativa de libertad durante la cual y hasta que se cumpla de forma íntegra la pena (con los límites establecidos por el Código), el condenado está sometido al control penal: a la vista está si se tiene en

---

74 TAMARIT SUMALLA, J. M./ GARCÍA ALBERO, R./ SAPENA GRAU, F./ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 249 y ss.; BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I./ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coord.), *Manual de Derecho penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, pp. 183 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 119 y ss.

75 MAPELLI CAFFARENA, en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., Las consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 191; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, cit., pp. 125 y ss.

cuenta que el art. 90 confiere al Juez de vigilancia al decretarla la imposición de algunas de las reglas de conductas previstas tras la reforma en los arts. 83 y 96.3 del Código[76]. Sobre su naturaleza jurídica no existe acuerdo doctrinal pues si bien, en efecto, es una fase más del desarrollo de la pena privativa de libertad, está sometida al cumplimiento de las pautas de comportamiento referidas para la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. De ello ha de deducirse que es una institución que se encuentra a caballo entre el Derecho penal y el penitenciario[77].

En cuanto a los requisitos para alcanzar la libertad condicional, el art. 90.1 se mantiene casi en su literalidad, con la salvedad de que si bien antes de la reforma el art. 90.1.3.º se remitía a los informes emitidos por los expertos que el Juez de vigilancia estime convenientes, ahora se hace referencia al "informe final previsto en el art. 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria", esto es, precisamente el que en el ámbito penitenciario se tiene en cuenta para alcanzar la libertad condicional. Se trata pues de una unificación de ambos textos que ha de ser bien recibida.

Lo que sí ha incluido el legislador en el art. 90 son los criterios para considerar cumplidos los requisitos de buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (letra c): "no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria"; las críticas que se realizaron anteriormente a dicho requisito en cuanto dato que determina la clasificación en tercer grado son de aplicación también a lo aquí dispuesto: esto supone

---

[76] Como es sabido, hasta este momento, el art. 90 se remitía al art. 105, esto es, al catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, que materialmente no son distintas a las previstas en los arts. 83 y 96.3 en materia de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y sustitución de unas penas por otras, pero que en teoría se imponen a los semiimputables (art. 104) y que reclama como presupuesto la existencia de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, incompatible, por tanto, con los requisitos para obtener la libertad condicional. Al respecto ver MAPELLI CAFFARENA, en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 144 y ss.

[77] MAPELLI CAFFARENA, en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 144.

confusión de criterios que deben determinar una clase de responsabilidad —la civil— con los que han de determinar la ejecución de la pena, criterios que nada comparten entre unos y otros.

Pero en casos de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales se especifica legalmente como ha de entenderse el concepto de "reinserción social" en los mismos términos del art. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitencia: "que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado". El Informe del Consejo General del Poder Judicial establece a favor de la nueva regulación que "el requisito, para satisfacer las exigencias que derivan del art. 25.2 de la Constitución, debe ser entendido en el sentido de que la prognosis de reinserción social no puede ser favorable cuando el penado, pudiendo hacerlo, no colabora activamente en paralelo con el interés social en la persecución de delitos especialmente reprochables, de gran contenido de injusto y de repulsa común". Como se decía anteriormente, el concepto de resocialización tiene que ser un concepto mínimo, conformándose con que el condenado deje de colaborar activamente con la organización terrorista o criminal sin exigirle que activamente colabore con la Administración de justicia.

Finalmente, también se reforma el art. 91, en el que si bien se sigue manteniendo el régimen de acceso a la libertad condicional con el cumplimiento de los dos tercios de la condena impuesta, se señala que a este régimen no pueden acceder los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal[78]. En este caso,

---

[78] Ha de entenderse que a pesar del silencio de la Ley 7/2003, tampoco será aplicable en estos supuestos el régimen de acceso a la libertad condicional contenido en el art. 92, en virtud del cual, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, así como para enfermos muy graves con padecimientos incurables que reúnan los requisitos establecidos, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras partes podrán obtener la concesión de la libertad condicional: en la medida

de nuevo, la concesión de este régimen especial se llevará a cabo por parte del Juez de vigilancia penitenciaria "previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes". El criterio que determina la concesión del mismo es que se hayan desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales y ocupacionales, sobre lo que de nuevo, "las demás partes" carecen completamente de datos, a no ser que, como se decía, quiera introducir a las acusaciones particular y popular entre los muros carcelarios.

La reforma ha incluido un número 2 en el art. 91[79], en virtud del cual, cumplidos los requisitos contenidos en las letras a) y c) del art. 90 (esto es, sin que sea necesario tener extinguidas las tres cuartas partes de la condena impuesta) el Juez de vigilancia, a propuesta de instituciones penitenciarias y previo informe del ministerio fiscal y "de las demás partes", podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena impuesta, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el número anterior, esto es (los dos tercios) hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo con la excepción de los condenados por terrorismo o por delitos cometidos en el seno de una organización criminal.

Esto supone que si por ejemplo se trata de una condena de 4 años, el régimen general supondría la aplicación de la libertad condicional a los tres años (art. 90.1); el régimen especial a los dos años y medio (art. 91.1); y el régimen excepcional al año y seis meses (91.2). La aplicación de esta regla excepcionalísima requiere "que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento de desintoxicación, en su caso". Como se observa, la nueva regla tiene un carácter eminentemente penitenciario que viene a determinar el adelantamiento de los plazos (no disminución de pena) para acceder a la libertad condicional. Sus efectos van a ser muy similares a las viejas redenciones de pena por el trabajo, lo que puede determinar el comportamiento del interno en el ámbito penitenciario; quiere con ello decirse

---

en que uno de los requisitos que necesariamente han de cumplir es el de estar clasificados en tercer grado, grado que se les resiste a estas personas en los términos que se han visto anteriormente.

79 Que no estaba en el Anteproyecto.

que se ha aprovechado la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 para incluir en el Código "un nuevo beneficio penitenciario".

También se reforma el art. 93 al que se adicionan dos apartados[80]; en virtud de su número 2.º, para condenados por delitos de terrorismo el Juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar "los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional". Ello significa un control más intenso durante el desarrollo de la libertad condicional que pasa a depender no ya de datos objetivos (como son la comisión de un nuevo delito o el incumplimiento de las pautas de comportamiento impuestas), sino subjetivos (controlar efectivamente el rechazo por otras vías de la organización criminal), sin señalar en qué momento, ni cuantas veces, se siguen dando las condiciones que se dieron para su concesión (en resumen, el alejamiento del terrorismo o de la organización criminal); tampoco se señala quién sea el responsable del seguimiento: el equipo de tratamiento de la prisión carecerá de datos al respecto, por lo que competente para dicho control será el servicio de vigilancia postpenitenciaria (art. 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria); lo que persigue pues es controlar de forma constante el completo alejamiento de la organización criminal, amenazando con el cumplimiento de la pena a modo de espada de Damocles.

El art. 93.1 sigue señalando que "si en este periodo de libertad el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional el Juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad condicional y el reingreso en el periodo o grado penitenciario que corresponda".

Finalmente, el número 3 establece que en ese caso "el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad". Semejante disposición supone un desconocimiento absoluto de la libertad condicional: como se decía, a pesar de su discutida naturaleza jurídica, ésta no es más que la última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo que el sometido a ella está cumpliendo con su condena a prisión, aunque sea en libertad. Desconocer este dato e ignorar el tiempo pasado en dicho estado, supone violación del principio *non bis in idem* pues se imponen dos penas por el mismo delito: que el incumplimiento de las condiciones puesta para el

[80] Que tampoco estaban en el Anteproyecto.

acceso a la libertad condicional no es delito se pone de manifiesto al no remitirse al delito de quebrantamiento de condena.

Llama la atención que un texto que pretende alcanzar el objetivo de la seguridad jurídica, deje en manos del Juez de vigilancia revocar la libertad condicional teniendo en consideración "las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional": "la tautológica fórmula dista mucho de la certeza o de la seguridad jurídica"[81].

Téngase en cuenta además que la *Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo,* ha creado la figura de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que se encargarán del control jurisdiccional en materia de ejecución de penas para los delitos que hayan sido enjuiciados por la Audiencia Nacional. Según su Exposición de Motivos, se incluye dicha figura con "el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional". El objetivo a alcanzar se señala pues directamente: "unificación de criterios en materia penitenciaria". Todo lo contrario, por tanto, a la individualización científica que marca el compás de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a pesar de las reformas[82].

---

[81] TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., p. 369.

[82] Finalmente, según la Disposición transitoria única de la Ley, se prevé la aplicación retroactiva de lo dispuesto en los arts. 90, 93.2 CP (circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional) y 72.5 y 6 LOGP (clasificación o progresión de grado al tercer grado de tratamiento penitenciario) "a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena". Ciertamente, la remisión es aun mayor pues téngase en cuenta que dentro de los requisitos que exigen ahora los arts. 72.5 y 72.6 de la ley penitenciaria se hace referencia "a los exigidos por el Código penal", esto es, que la clasificación en tercer grado no podrá llevarse a cabo para condenados a penas de prisión superiores a cinco años hasta que hayan cumplido la mitad de la pena impuesta (periodo de seguridad art. 36). El Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial ha defendido la constitucionalidad de dicha disposición en virtud de una discutible diferenciación entre retroactividad de la ley penal material y retrospección en materia de ejecución de penas.

II. LOS COSTES DEL TRÁNSITO DEL CÓDIGO PENAL DE LA DEMOCRACIA AL CÓDIGO PENAL DE LA SEGURIDAD

El paso del *Código penal de la Democracia* hacia el *Código penal de la Seguridad* —que constituye la crónica de un fracaso anunciado en la lucha contra el delito, y la plasmación del giro antidemocrático que preside la política no sólo la política criminal de los últimos años— se está produciendo sin duda alguna a costa de sacrificar lo insacrificable, esto es, el modelo político criminal subyacente a la Constitución de 1978 basado en el principio de resocialización (con la incorporación de un concepto completamente trasnochado), legalidad (consagrando la aplicación retroactiva de disposiciones desfavorables al reo, así como estableciendo mecanismos que suponen violación del principio *non bis in dem*) y humanidad de las penas (estableciendo penas que por su duración y por las condiciones de su cumplimiento, impiden el fin de la reinserción social). A ello ha de añadirse que si el objetivo que se pretende con la reforma práctica es la lucha más efectiva contra la criminalidad, no por el mero hecho de aumentar aritméticamente las penas se reduce el índice de delincuencia[83]. En definitiva, no es más que una respuesta uniformada al problema de la reinserción social, conceptos ambos —por definición— incompatibles, desconociendo "la dignidad personal del condenado, cuyo *iter* se condiciona a objetivos que le son ajenos —se le toma como instrumento—"[84].

Como el propio nombre de la reforma indica su contenido no sólo es ajeno a criterios preventivo especiales, sino que con ella simplemente se pretende que la pena y la forma de cumplimiento sea más costosa para el condenado: supone una extralimitación del *ius puniedi* del Estado: lo que le ilegitima en un Estado Democrático de Derecho[85].

Y todo ello, según la disposición final segunda de la Ley Orgánica 7/2003, con un periodo de *vacatio legis* récord de un solo día.

---

83 KURY, H., "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?, cit., pp. 285 y ss.

84 TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", cit., p. 377.

85 Ver DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", cit., p. 126; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", cit., p. 123.

Estamos, en suma, ante una reforma penal de carácter represivo, que deja de lado los principios humanitarios propios del Estado de derecho, y que olvida que la mejor protección de los derechos de la víctima no se identifica con programas de venganza, sino con programas de reparación y prevención que minimicen la presencia y los efectos del delito: como afirma BARATTA la cuestión puede resumirse en las siguientes palabras: "¿queremos ser defensores del orden, o custodios de los derechos humanos?"[86]. El padre de la reforma acabada de sancionar ha optado claramente por la defensa del orden por él mismo diseñado, en detrimento de los derechos humanos de los demás.

[86] BARATTA, A., "Seguridad", cit., p. 23.

Propuestas internacionales de criminalizar el acceso ilegal a sistemas informáticos: ¿Debe protegerse de forma autónoma la seguridad informática?

Luz María Puente Aba
Universidad de A Coruña

Sumario: I. Introducción. II. Textos internacionales más relevantes en relación con la tutela de la seguridad informática. III. ¿Es necesaria una tutela autónoma de la seguridad informática? 1. Objetivos que pretenden la Propuesta de Decisión marco del Consejo de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad. 2. Posibilidades de integración en los tipos penales vigentes de los comportamientos delictivos cometidos con ayuda de la informática e Internet. 3. ¿Está justificada la configuración de un nuevo tipo penal de intrusismo informático, en el que se proteja un nuevo bien jurídico denominado seguridad informática, y se castigue el mero acceso o interferencia legal en sistemas o datos informáticos? IV. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia en nuestros días de la Informática y de Internet, con su constante desarrollo, su utilidad e incluso la imposibilidad de prescindir de ellos en múltiples aspectos de la vida diaria, y asimismo la vulnerabilidad que padecen, han dado lugar a una profusión de normas, informes y declaraciones de principios que pretenden conjurar los ataques y peligros que pueden afectar a estas nuevas tecnologías. Además, la procedencia de tales textos es frecuentemente de carácter supranacional, circunstancia totalmente lógica si tenemos en cuenta que el radio de expansión de los sistemas informáticos y de Internet supera las fronteras nacionales, y consecuentemente los ataques a ellos dirigidos pueden provenir de cualquier parte del planeta.

Realmente, el rápido progreso de la informática y de Internet supone una revolución en las comunicaciones y en el intercambio de informa-

ción, contribuyendo además de forma excepcional a la globalización de los mercados de bienes y servicios. Se trata de tecnologías que presentan un gran calado tanto en la vida particular como profesional de los ciudadanos, y asimismo en las empresas, servicios públicos y en general en las instituciones estatales. Por tal motivo estas nuevas tecnologías, como elemento cotidiano, van a estar en contacto con múltiples bienes e intereses de diversa índole: es obvio que un uso no adecuado de ellas puede afectar a la intimidad personal, el patrimonio, la libertad, la seguridad, el orden público, etc. Tal estado de cosas muestra que estamos ante nuevas formas de ataque a estos bienes jurídicos que se acaban de mencionar, lo cual demanda una especial atención a los preceptos penales protectores de tales intereses.

Así, debe examinarse el grado de adecuación de las actuales redacciones típicas de las infracciones penales a las novedosas modalidades de comisión de hechos delictivos; y ha de barajarse también la conveniencia de proteger de forma autónoma la seguridad informática, castigando, como pretenden algunos Textos internacionales, el mero acceso no autorizado a datos informáticos o la interferencia ilegal en sistemas informáticos. Sea como sea, la especialidad de estas nuevas tecnologías de la comunicación, que crean conexiones entre lugares de todo el planeta (de ahí su consideración como eje del proceso actual de globalización), demanda la necesidad de una aproximación, cuando menos, de las diferentes legislaciones nacionales, de modo que pueda llevarse a cabo una represión eficaz de los ataques a los bienes jurídicos fundamentales realizados mediante el empleo de estas nuevas técnicas. Aquí se tratará de dar una breve visión de los textos internacionales más importantes que persiguen este propósito, destacadamente su interés por configurar la infracción penal autónoma de «intrusismo informático», analizando la conveniencia de crear este tipo penal «ex novo» desde un examen de los preceptos penales existentes y de su idoneidad para reprimir los ataques a los diversos bienes jurídicos ejecutados con ayuda de las tecnologías informáticas e Internet.

II. TEXTOS INTERNACIONALES MÁS RELEVANTES EN RELACIÓN CON LA TUTELA DE LA SEGURIDAD INFORMÁTICA

Tal y como se acaba de exponer en la Introducción, la importancia de la informática y de Internet, y la preocupación ante las repercusiones

graves que pueden derivarse de los ataques que pueden sufrir, se revela en la existencia de un gran número de convenios y declaraciones de carácter supranacional, y destacadamente en el ámbito de la Unión Europea.

En este sentido, y refiriéndonos al ámbito europeo, el texto más destacable es la Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre ataques a sistemas de información, realizada por la Comisión europea en fecha 19 de abril de 2002 (COM (2002) 173 final).

Las conductas que pretende prohibir esta Decisión marco son las reflejadas en sus artículos 3 y 4:

a) Ataques mediante el acceso ilegal a sistemas de información (art. 3). Como dice el precepto, se pretende conjurar el acceso ilícito a estos sistemas, lo cual abarca el deseo de impedir la piratería informática o «hacking». Para ello, la Decisión marco insta a los Estados miembros a tipificar en cada Derecho penal nacional esta conducta siempre que se haya cometido en alguna de las tres formas siguientes:

- contra un sistema de información que es objeto de medidas de protección especiales, o
- con la intención de causar un daño a una persona física o jurídica, o
- con la intención de obtener un beneficio económico.

b) Interferencia ilegal con los sistemas de información (art. 4). Se pretende que los Estados miembros tipifiquen estas dos categorías de conductas:

- Obstaculizar o interrumpir de manera significativa y sin autorización el funcionamiento de un sistema de información, ya sea introduciendo, transmitiendo, perjudicando, borrando, deteriorando, alterando o suprimiendo datos informáticos. La Decisión hace una mención específica de la propagación de virus y otros ataques que obstaculizan el sistema como modalidades de comisión de esta clase de conductas.
- Borrar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los datos informáticos en un sistema de información, cuando esto se lleva a cabo con la intención de causar un daño a una persona física o jurídica. Como formas de realización de estas conductas, la Decisión cita los virus contra el contenido y el deterioro de sitios de Internet.

En relación con esta Propuesta de Decisión marco, se puede hacer también referencia al Archivo institucional 2002/0086 (CNS) de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, sobre la Propuesta de Decisión marco sobre ataques contra sistemas de información (11 de febrero de 2003).

Este informe hace hincapié en la necesidad de realizar, en el seno de la Unión Europea, un esfuerzo por coordinar la legislación penal en el ámbito de la delincuencia informática. Se afirma que las normas penales en el campo de los ataques contra sistemas de información deben ser aproximadas para asegurar la mayor cooperación policial y judicial posible en relación con los delitos relativos a los ataques contra los sistemas de información, y asimismo para contribuir a la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. En esta línea, se pronuncia a favor de configurar una infracción común consistente en el acceso ilegal a sistemas de información y asimismo en la interferencia ilegal con uno de estos sistemas. Asimismo, se alerta sobre la necesidad de evitar una excesiva criminalización que abarque a conductas bagatela, irrelevantes, y asimismo comportamientos de acceso a los sistemas de información que cuenten con una determinada autorización.

Centrándose concretamente en el articulado de la Propuesta de Decisión marco, se efectúan algunas objeciones a los dos preceptos antes señalados. Así, en relación con el artículo 3, que prohíbe el acceso ilegal a sistemas de información, aquí se puntualiza que cada Estado miembro podrá establecer que sólo se castigarán estas conductas cuando se realicen infringiendo las medidas de seguridad y protección del sistema; es decir, cualquier Estado miembro podrá estipular que, a pesar de que el acceso se lleve a cabo con intención de causar un daño o de obtener un beneficio económico, sólo se castigará cuando se ha accedido al sistema violando alguna medida de seguridad.

También en este ámbito de la Unión Europea, debe destacarse la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Social y Económico y al Comité de las Regiones, sobre la creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las estructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos - eEurope2002, de 26 de enero de 2001 (COM (2000) 890 final).

Esta Comunicación, al referirse a la criminalidad informática, diferencia dos categorías diversas dentro de este amplio concepto: delitos informáticos específicos y delitos tradicionales perpetrados con ayuda

de la informática. Según se manifiesta textualmente, «mientras que los delitos informáticos específicos requieren una actualización de las definiciones de los delitos en los códigos penales nacionales, los delitos tradicionales perpetrados con ayuda de la informática requieren una mejora de la cooperación y de las medidas procesales». La Comisión enumera también las principales cuestiones que trata la legislación relacionada con la delincuencia informática, ya sea en cada Estado o en disposiciones europeas: delitos contra la intimidad; delitos relativos a la difusión de determinados contenidos en Internet (básicamente manifestaciones racistas o pornografía infantil); delitos económicos, acceso no autorizado y sabotaje (v.gr. fraudes, espionaje, distribución de virus, etc.); y delitos contra la propiedad intelectual.

En la Comunicación se pone de relieve el deseo de que el nivel de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia sea aún más elevado que el pretendido mediante el Convenio del Consejo de Europa sobre delincuencia informática[1], y de que se llegue a introducir un «delito informático» en el ámbito del derecho comunitario.

La Comisión concluye afirmando que su deseo es presentar propuestas para lograr los siguientes objetivos:

- Aproximar las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito de los delitos relacionados con la pornografía infantil.
- Lograr una mayor aproximación del Derecho penal sustantivo en el ámbito de la delincuencia de alta tecnología, lo cual abarca cuestiones como la difusión de contenidos racistas, las drogas ilegales en Internet, la piratería y la denegación de servicio.
- Aplicar el principio de reconocimiento mutuo en todo lo relacionado con las investigaciones sobre delitos informáticos que se realizan en los diferentes Estados de la Unión.

Por último, en el ámbito estricto de la Unión Europea conviene hacer referencia al Informe del Parlamento europeo sobre la Propuesta de la Comisión para una Decisión marco del Consejo sobre ataques a los sistemas de información, de 4 de octubre de 2002 (A5-0328/2002 final). Este informe hace hincapié en la necesidad de impedir que el campo de aplicación de la Decisión marco abarque conductas bagatela, de modo que sean tratadas libremente por cada Estado miembro.

---

1 Vid. sobre este Convenio infra.

Aquí se manifiesta que las conductas catalogadas como ilícitas en la Decisión marco coinciden en gran parte con los comportamientos previstos en el Convenio del Consejo de Europa sobre criminalidad informática, si bien la Propuesta de Decisión pretende una mayor aproximación entre las legislaciones de los diferentes Estados: recuérdese que prevé la criminalización del acceso ilegal a sistemas de información cuando se infrinjan medidas de seguridad o cuando haya intención de obtener un beneficio o de causar un daño; en cambio, el citado Convenio permite que cada Estado pueda decidir si, para cometer tal infracción, deben darse las circunstancias que se acaban de referir.

Este informe se pronuncia críticamente en relación con la criminalización del acceso ilegal a sistemas de información cuando únicamente se han vulnerado las medidas de seguridad, pero no hay intención de causar daño ni de obtener beneficio económico; la base de esta afirmación se centra en el hecho de que esta es una conducta realizada por muchos jóvenes, que la consideran un deporte: es el denominado «hacking blanco», comportamiento este en el que, según el presente informe, no se revela una auténtica conciencia de antijuridicidad por parte de los jóvenes infractores.

Otro texto internacional de gran importancia en esta materia, y ya fuera del estricto marco de la Unión Europea, es el Convenio del Consejo de Europa sobre criminalidad informática, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Este Convenio prevé una serie de medidas que deben tomar los Estados en su legislación interna, con el objeto de alcanzar una represión uniforme de ilícitos graves relacionados con la informática e Internet. En este sentido, propone la configuración de diversos tipos penales en ámbitos diferentes[2]:

---

[2] Vid. sobre este Convenio MORÓN LERMA, E./ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad, Revista de Derecho y proceso penal*, 2002, n.º 7, p. 167 y ss.; vid. también MORALES GARCÍA, O., «Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre cyber-crime», en AAVV, *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 11 y ss.; LEZERTUA, M., «El proyecto de Convenio sobre el cybercrimen del Consejo de Europa», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 15 y ss. Este Convenio todavía no ha entrado en vigor puesto que aún no se han cumplido los requisitos exigidos para ello en el artículo 36 del Texto: según este precepto, la entrada en vigor se producirá el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de 3 meses después de que 5 Estados, al menos 3 de ellos miembros del Consejo de Europa, hayan ratificado el Convenio.

a) Infracciones contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos:

- Acceso ilegal a un sistema informático, sin autorización y de forma dolosa. Se deja libertad a cada Estado para exigir o no que tal acceso se realice infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos o cualquier otra finalidad ilícita, o que la infracción se realice en un sistema informático conectado a otro sistema análogo (art. 2).
- Interferencia ilegal, sin autorización y de forma dolosa, y realizada con medios técnicos, de transmisiones no públicas de datos informáticos en el destino, origen o en el interior de un sistema informático, incluyendo emisiones electromagnéticas de un sistema informático que contenga dichos datos. Asimismo, se deja libertad a cada Estado para exigir o no que tal interferencia se realice con cualquier finalidad ilícita, o que se realice en un sistema informático conectado a otro sistema análogo (art. 3).
- Interceptación dolosa de datos informáticos: se pretende configurar como delito las acciones de dañar, borrar, deteriorar, alterar o suprimir datos informáticos sin la debida autorización. El Estado puede reservarse el derecho de exigir que tal conducta provoque como resultado un daño grave (art. 4).
- Interferencia dolosa en sistemas informáticos: se busca castigar la obstaculización significativa, sin la debida autorización, del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, daño, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos (art. 5).
- Abuso de equipos e instrumentos técnicos. El Convenio prevé que se sancione la realización dolosa y sin autorización de las siguientes conductas:
  - la producción, la venta, la obtención para su uso, la importación, la distribución o cualquier otra forma de puesta a disposición de:
    1. Un dispositivo, incluyendo un programa informático, diseñado o adaptado primordialmente para permitir la comisión de alguna de las infracciones establecidas de acuerdo con los anteriores artículos 2 a 5,

2. Una contraseña, código de acceso, o datos similares gracias a los cuales se pueda acceder a todo o parte de un sistema informático, con la intención de que se emplee para cometer alguna de las infracciones establecidas en los artículos 2 a 5; y

– la posesión de uno de los elementos señalados en alguno de los dos puntos anteriores, con intención de que sea usado con el propósito de cometer alguna de las infracciones establecidas en los artículos 2 a 5. Cada Estado puede requerir que, para generar responsabilidad criminal, se deba poseer un número determinado de tales elementos.

b) Infracciones informáticas:

- Falsedad informática: se pretende castigar la realización dolosa y sin autorización de las conductas de introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos, que den lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean considerados o utilizados para fines legales como si fuesen auténticos, sin importar si tales datos son directamente legibles o inteligibles. Cada Estado puede exigir la intención de defraudar u otra intención ilícita similar para que surja responsabilidad penal (art. 7).
- Fraude informático: se quiere sancionar la causación dolosa y sin autorización de un perjuicio patrimonial a otra persona mediante la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos, o mediante una interferencia en el funcionamiento de un sistema informático (art. 8).

c) Infracciones relativas al contenido:

- Infracciones relacionadas con la pornografía infantil (art. 9).

d) Infracciones relativas a los atentados contra la propiedad intelectual y derechos conexos (art. 10).

Y finalmente, en el ámbito transnacional también cabe destacar el interés del grupo de países más industrializados del mundo, el G8, en controlar este tipo de comportamientos en los que se ve involucrada la seguridad informática. Así, este grupo ha hecho públicos sus Principios y Plan de acción para combatir la criminalidad de altas tecnologías, adoptados por los Ministros de Justicia e Interior del G8 en Washington en diciembre de 1997.

Tras conceptuar a la criminalidad de altas tecnologías como una «amenaza cada vez mayor para la seguridad pública», este comunicado individualiza las dos formas en las que se puede materializar esta amenaza: en primer lugar, en atentados a ordenadores y sistemas de telecomunicaciones con la intención de obtener o alterar información valiosa sin autorización, siendo posible además que se vean interrumpidos determinados sistemas públicos o comerciales; en segundo lugar, en el uso de estas tecnologías por la delincuencia organizada y por terroristas con el objeto de facilitar la comisión de delitos tradicionales.

III. ¿ES NECESARIA UNA TUTELA AUTÓNOMA DE LA SEGURIDAD INFORMÁTICA?

1. Objetivos que pretenden la Propuesta de Decisión marco del Consejo de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad

La cuestión clave sobre la que nos vamos a centrar, y que además constituye el núcleo de los instrumentos normativos expuestos, es la siguiente: habrá que decidir si, al margen del indudable acierto de adaptar los diferentes tipos penales para abarcar sus nuevas posibles formas de comisión debido a los avances informáticos, ha de crearse un tipo penal específico que castigue las meras conductas de intrusismo en sistemas informáticos, o la simple infracción de las medidas de seguridad en estos sistemas o en Internet, tal y como parece proponer la Decisión marco europea o el Convenio sobre criminalidad informática del Consejo de Europa.

En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión marco vemos que existe una preocupación por la seguridad de las redes de comunicación electrónica y de los sistemas de información, ya que forman parte integrante de la vida diaria de los ciudadanos y en general del funcionamiento de la economía. Tal y como se manifiesta, la expresión «sistema de información» se emplea en un sentido amplio, abarcando los siguientes elementos: ordenadores personales autónomos, agendas electrónicas personales, teléfonos móviles, intranet, extranets y redes, servidores y otras infraestructuras de Internet.

El riesgo de ataque no sólo afecta a las comunicaciones electrónicas y al comercio electrónico, sino que abarca muchos más ámbitos, debido

al empleo de los sistemas informáticos y de las redes de comunicación en el funcionamiento de múltiples actividades: industrias, hospitales, transporte, etc.: en general, organismos del sector público, cualquier tipo de servicios, empresas y usos particulares. No obstante, la Comisión también pone de manifiesto que su propuesta pretende asimismo reprimir ataques terroristas a los sistemas de información.

Según la Propuesta, se pretenden conjurar las siguientes amenazas a los sistemas informáticos:

- El acceso no autorizado a los sistemas de información. Esto incluye la llamada «piratería informática», consistente en tener acceso de manera no autorizada a un ordenador o a una red de ordenadores. Se trata de conductas que generalmente se realizan con la intención dolosa de copiar, modificar o destruir datos; cuando se trata de Internet, una de sus manifestaciones más frecuentes consiste en el acceso sin previo pago a servicios restringidos o en la corrupción deliberada de sitios de Internet. No obstante, este acceso no autorizado también es realizado en ocasiones sin intención de causar un perjuicio o de obtener un beneficio, sino únicamente como forma de diversión: se trata del denominado «hacking blanco».
- La perturbación de los sistemas de información. Una de las conductas de esta clase más importantes es la denominada «denegación de servicio», un ataque consistente en sobrecargar los servidores o proveedores de servicios de Internet.
- Ejecución de programas informáticos perjudiciales que modifican o destruyen datos. Se trata principalmente de los ataques mediante virus; no obstante, existen otras modalidades: por ejemplo las «bombas lógicas» (programas perjudiciales que permanecen inactivos hasta que se desencadenan por algún motivo, generalmente la llegada de una determinada fecha) o los «gusanos» (en sí son programas inofensivos, pero crean réplicas continuas de ellos mismos hasta que inundan el sistema).
- Interceptación de las comunicaciones, lo cual vulnera la confidencialidad y privacidad de los usuarios.
- Declaraciones falsas: se trata de fraudes consistentes en usurpar la identidad de otra persona en Internet para utilizarla con fines malintencionados.

Como se deduce de todos los instrumentos normativos aquí referenciados y como asimismo viene diferenciando la doctrina, el desarrollo de la Informática y de Internet afecta en dos ámbitos diferenciados al Derecho penal[3]. Por una parte, estas nuevas tecnologías van a facilitar enormemente la comisión de un amplio número de delitos tradicionales[4]. Ante esta nueva realidad, en principio no resulta necesario aumentar la intervención del Derecho penal creando nuevos tipos delictivos, sino que en todo caso deberán reformularse algunas de las configuraciones típicas ya existentes, de modo que encuentren cabida estas nuevas formas de comisión del delito correspondiente.

Por otra parte, se ha debatido la cuestión de la necesidad de configurar un nuevo tipo delictivo en el que se proteja, en sí, la propia seguridad informática y de Internet. Se trataría de determinar si deben castigarse penalmente la mera interferencia o acceso ilegal a sistemas o datos informáticos: se estaría configurando en este caso un nuevo tipo penal de «intrusismo informático»[5]. Como se verá a continuación, este es el objetivo único de la Propuesta de la Decisión marco, y asimismo es una de las cuestiones que más ocupan al Convenio del Consejo de Europa sobre criminalidad informática.

Por un lado, hemos visto ya que la Decisión marco pretende que los Estados miembros configuren como infracción penal el acceso ilegal a sistemas de información; esto es, se busca impedir y sancionar la

---

3 Vid. sobre el campo que abarca el concepto de «delitos informáticos», RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Criminalidad y sistemas informáticos», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R./ FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003, pp. 141 y ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal», en DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R./ SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coord.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, pp. 130-132.

4 Afirman esto, por ejemplo, ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 13-14.

5 Se manifiestan a favor de tipificar el intrusismo informático: RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Criminalidad y sistemas informáticos», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R./ FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003, pp. 142-143; también ÁLVAREZ VIZCAYA, M., «Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, cit., pp. 260 y ss. Vid. de la opinión contraria MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, 2002, p. 84.

piratería informática o «hacking»; según manifiesta la Comisión europea, tal comportamiento debería castigarse cuando se realizase de alguna de las tres formas siguientes: violando medidas de protección especiales, o con la intención de causar un daño o con la intención de obtener un beneficio económico. El Convenio del Consejo de Europa sobre criminalidad informática prevé que se castiguen también estas conductas de acceso ilegal; no obstante, este Convenio deja libertad a los Estados para exigir o no que tal acceso se realice infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos o cualquier otra finalidad ilícita, o que la infracción se realice en un sistema informático conectado a otro sistema análogo.

Por otro lado, tanto la Decisión marco como el Convenio pretenden prohibir también la interferencia ilegal con los sistemas de información; se cita como ejemplo principal el caso de los virus informáticos. Así, según el primer instrumento normativo citado, por una parte se hace referencia a las conductas que impliquen la obstaculización o interrupción del funcionamiento de sistemas de información, ya sea introduciendo, transmitiendo, perjudicando, borrando, deteriorando, alterando o suprimiendo datos informáticos; por otro lado, se hace alusión al borrado, deterioro, alteración, supresión o conversión en inaccesibles de los datos informáticos en un sistema de información, con el objetivo de causar un daño.

El Convenio sobre criminalidad informática se refiere también a este tipo de comportamientos de una forma detallada: en primer lugar, se refiere a la interferencia ilegal de transmisiones no públicas de datos informáticos, dejándose libertad a cada Estado para exigir o no que este comportamiento se lleve a cabo con cualquier finalidad ilícita, o que se realice en un sistema informático conectado a otro análogo. En segundo lugar, alude a la interceptación de datos informáticos, realizada mediante las acciones de borrar, dañar, deteriorar, alterar o suprimir tales datos, pudiendo cada Estado reservarse el derecho de exigir que como consecuencia de tal conducta se provoque un resultado grave. En tercer lugar, se hace referencia a la interferencia en sistemas informáticos, más concretamente, a su obstaculización significativa. Y por último, se menciona una categoría de comportamientos que el Convenio cataloga como abuso de equipos e instrumentos técnicos: se trata, en general, de la posesión, producción u obtención de determinados dispositivos destinados a la comisión de las conductas sancionadas en los demás artículos del Convenio.

En fin, se puede apreciar que tanto el Convenio como la Decisión marco pretenden castigar todo tipo de atentados contra sistemas y datos informáticos; no obstante, muchos de ellos se pueden reconducir al ámbito típico de diversas figuras delictivas existentes en nuestro Código penal[6]. Así, no habría ningún obstáculo para castigar penalmente el acceso o la interferencia ilegales que afectasen a sistemas y datos informáticos, cuando se produjese la afectación de algún bien jurídico penalmente protegido en la forma prevista en los correspondientes tipos delictivos contenidos en la Parte especial de nuestro Texto punitivo.

La cuestión clave es que estos instrumentos normativos dan entrada también al castigo de los ataques a sistemas y datos informáticos sin que vayan presididos de una intención ulterior o sin que se produzca un daño económico. Como ya se ha visto, la Decisión marco se muestra a favor de castigar penalmente el mero acceso ilegal a sistemas informáticos vulnerando medidas de protección especiales; y en cuanto a la interferencia ilegal en los sistemas de información, no se requiere específicamente la causación de un daño o la intención de provocarlo, sino que se hace referencia sin más a la obstaculización o interrupción de su funcionamiento. En cuanto al Convenio, aún va más allá que la Decisión marco ya que, al referirse al acceso ilegal a un sistema informático y a la interferencia ilegal de transmisiones no públicas de datos informáticos, deja libertad a los Estados para que sancionen penalmente esta conducta incluso aunque no se vulneren especiales medidas de seguridad o con cualquier finalidad ilícita; y en el mismo sentido que la Decisión, también se muestra a favor de castigar sin más la interferencia de sistemas informáticos mediante su obstaculización significativa.

2. *Posibilidades de integración en los tipos penales vigentes de los comportamientos delictivos cometidos con ayuda de la informática e Internet*

En suma, lo que debe debatirse es si este tipo de conductas, sin un resultado de perjuicio económico y sin estar presididas siquiera por una tendencia subjetiva ulterior, merecen ser castigadas por el Derecho

---

[6] Así se manifiesta precisamente MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, cit., p. 84.

penal; en este caso, se estaría configurando un tipo penal definido como «intrusismo informático», elevándose a la categoría de bien jurídico penalmente protegible la seguridad y la integridad de los sistemas y los datos informáticos.

En los textos normativos expuestos subyace sin duda el temor de que se produzca un vacío de impunidad al no sancionar este tipo de conductas, pensando en las consecuencias seguramente perjudiciales que se derivarían de la ejecución de ataques de esta clase. Sin embargo, un examen de los correspondientes tipos delictivos que se podrían aplicar a cada caso concreto de acceso o interferencia ilegal en relación con sistemas o datos informáticos, permitiría constatar que las lagunas de intervención penal no son tan grandes como en principio puede parecer.

Cabe comenzar refiriéndonos a la integración de estas conductas en el ámbito típico de los delitos contra la intimidad. El artículo 197 de nuestro Código penal castiga variadas modalidades de conductas que tienen como fin el descubrimiento de los secretos o la vulneración de la intimidad de otras personas. Tal y como aparece configurado el precepto, no habrá problema en integrar en él la realización de estas actividades empleando medios informáticos, como ocurre al realizar conductas de interceptación de telecomunicaciones o de apoderamiento de mensajes electrónicos; o asimismo las acciones de apoderarse, acceder, modificar o alterar datos reservados de carácter personal o familiar. Asimismo, deben tenerse en cuenta los artículos 199 y 200 del Código penal, que castigan conductas de revelación de secretos profesionales y de datos pertenecientes a personas jurídicas, y cuya configuración típica permite castigar esta clase de comportamientos cuando se realicen por medio de manipulaciones informáticas[7].

Por otra parte, debemos referirnos a la frecuente comisión de delitos contra el patrimonio y el orden económico: dentro de la variedad de las figuras delictivas de carácter patrimonial y socioeconómico, las nuevas tecnologías desempeñarán un papel fundamental en la comisión de

---

[7] Vid. MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, cit., pp. 58 y ss.; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., pp. 24 y ss., 31 y ss., y 48 y ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal», cit., pp. 136 y ss.; MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, EDISOFER, Madrid, 2001, pp. 125 y ss.

ciertos delitos, lo cual sin duda ha determinado la necesidad de adaptar las clásicas redacciones típicas a los nuevos tiempos.

En primer lugar, con la promulgación del Código penal de 1995 se introdujo acertadamente una nueva modalidad del tipo básico de estafa, la denominada estafa cometida por medios o manipulaciones informáticas. En su configuración clásica, este delito consistía en provocar un engaño a otra persona, de modo que cayera en un error y a consecuencia de ello efectuase una disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno. Con el progresivo empleo de la informática en nuestra vida diaria, resulta cada vez más frecuente la apropiación de valores patrimoniales ajenos mediante manipulaciones informáticas; no obstante, estas conductas tenían difícil encuadre en los preceptos vigentes, y en relación con la estafa, al operar sólo con máquinas no se cumplía el requisito típico de «causar un engaño a otra persona». De este modo, se tipificó como estafa el comportamiento de «los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero».

Asimismo, existe otra serie de comportamientos ilícitos, que constituyen una forma de ataque al patrimonio realizada mediante manipulaciones informáticas, y que pueden encontrar acomodo sin problema en alguno de los tipos delictivos contra el patrimonio o el orden socioeconómico contenidos en el Código penal. Así, delitos como las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, atentados contra la propiedad intelectual, revelación de secretos de empresa, difusión de publicidad falsa, etc., son susceptibles de cometerse con ayuda de medios informáticos[8].

Asimismo, destacadamente merece mencionarse, dentro de los delitos patrimoniales, la posibilidad de incluir en el tipo de daños gran parte de las conductas recogidas en la propuesta de Decisión marco y en el Convenio sobre cibercriminalidad. El artículo 264 del Código penal introduce un apartado en el que se castiga como autor de un delito de daños «al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de

---

[8] Vid. sobre estos delitos patrimoniales ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., pp. 63 y ss., y 71 y ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal», cit., pp. 138 y ss.; MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, cit., pp. 37 y ss.

cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos». Se da entrada así específicamente a la consideración de datos, programas o documentos electrónicos como activo patrimonial valorable, lo cual resulta un acierto[9], dada la progresiva sustitución del empleo de archivos en documento de papel por la utilización de bases de datos informáticas. Si nos centramos en delimitar cuál es la concreta conducta prohibida en esta norma, vemos que se sanciona destruir, alterar, inutilizar o dañar de cualquier otro modo[10] los datos, programas o documentos electrónicos; es decir, se castiga tanto la destrucción total del bien como su deterioro o menoscabo. Debe entenderse además que el delito se comete tanto si se destruyen físicamente los soportes donde se encuentran los datos, programas o documentos, como si éstos son manipulados o eliminados a través del propio sistema informático. Esta última conducta, que puede considerarse realmente más frecuente que la primera, es la constitutiva de «hacking», esto es, la entrada en sistemas informáticos ajenos para destruir o manipular los datos o programas, o para impedir su funcionamiento, y principalmente cabe destacar la propagación de virus informáticos, siempre que provoquen la citada destrucción o manipulación. En otras palabras, es comportamiento típico la destrucción tanto del «hardware» como del «software», convirtiéndose así el delito de daños en una figura que atenta no sólo contra el patrimonio material, sino también contra el inmaterial[11].

En suma, existe otro amplio número de comportamientos delictivos susceptibles de ser cometidos mediante el empleo de técnicas o manipulaciones informáticas; así, por ejemplo, podemos pensar en los delitos relativos a la difusión de pornografía infantil, delitos contra el honor,

---

9 Vid. acogiendo favorablemente esta nueva previsión del legislador, ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., p. 78.

10 Es difícil imaginar otra forma distinta de causar daño que no venga ya englobada en los verbos destruir, alterar o inutilizar; vid. en este sentido ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., p. 79.

11 Vid. ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., op. cit., p. 80. Vid. también sobre este precepto GONZÁLEZ RUS, J. J., «Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (artículo 264.2 del Código penal)», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y OTROS (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid 2002, p. 1281.

falsedades documentales, amenazas, etc.[12]. Como en los casos anteriores, ningún problema habrá para integrar las conductas en cuestión dentro de los correspondientes tipos delictivos, siempre que se cumplan todos los requisitos típicos exigidos. Se trata de una posibilidad factible en general, por ejemplo en relación con las infracciones penales recién mencionadas, teniendo en cuenta que por lo común las modalidades de comisión de estos delitos no se hallan tan restringidas que impidan la integración en el tipo de estas nuevas formas de ejecución del delito, en las que intervienen las nuevas tecnologías. Desde luego, no en todos los supuestos ha sido así, y consecuentemente el legislador se ha visto obligado a introducir nuevas formulaciones típicas para dar cabida a estos novedosos modos de comisión del delito: el ejemplo más claro de esto ha sido la ya mencionada tipificación, en 1995, de la «estafa informática» ya que, como antes se ha dicho, el requisito típico de «engañar a otro» en el delito de estafa impedía castigar con base en este precepto la realización de defraudaciones patrimoniales gracias a manipulaciones informáticas, ya que no se verificaba esa relación bilateral entre el sujeto activo causante del engaño y el sujeto víctima del error.

3. *¿Está justificada la configuración de un nuevo tipo penal de intrusismo informático, en el que se proteja un nuevo bien jurídico denominado seguridad informática, y se castigue el mero acceso o interferencia legal en sistemas o datos informáticos?*

Todo lo anterior debe llevarnos a entender cuál es el problema que debemos individualizar a la hora de tratar con esta nueva realidad de las nuevas tecnologías informáticas, y su relación con el Derecho penal: la necesidad de las coyunturales reformas de determinados tipos delictivos, o la necesidad de configurar un nuevo bien jurídico como la seguridad informática y protegerlo con un nuevo tipo penal.

Realmente es importante hacerse esta pregunta porque no se obtiene una respuesta clara ni de la lectura de las Exposiciones de motivos o Introducciones de todos estos textos normativos, ni tampoco se despren-

---

[12] Vid. ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., op. cit., pp. 117 y ss.; MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, cit., pp. 37 y ss., pp. 102 y ss.

de exactamente a la vista de su articulado. La cuestión es determinar si la tipificación de los meros ataques, sin más consecuencias, a los sistemas de información, se encuentra justificada por la existencia de una laguna de impunidad.

En primer lugar, podemos centrarnos en las conductas de acceso ilegal a sistemas de información. Según la Propuesta de Decisión marco, estas acciones de piratería o «hacking» deberían castigarse penalmente si se realizan con la intención de causar un daño o de obtener un beneficio económico, o vulnerando especiales medidas de protección. El Convenio del Consejo de Europa es aún menos estricto, puesto que deja libertad a cada Estado para castigar el mero acceso ilegal a un sistema informático o para exigir a mayores que este acceso se realice infringiendo medidas de seguridad o con determinadas finalidades ilícitas.

En segundo lugar, el otro grupo de comportamientos que conforman el denominado «intrusismo informático» está constituido por las interferencias ilegales en los sistemas de información. Se trata de conductas de obstaculización o interrupción de estos sistemas, por un lado, o de borrado, deterioro u otra forma de impedir acceso a datos informáticos, por otro lado: la propagación de virus es el clásico ejemplo de esta clase de actuaciones. La Propuesta de Decisión marco pretende criminalizar sin más la realización de estas acciones, si bien exige la intención de causar un daño en el caso de las conductas de borrado o privación del acceso a los datos informáticos. Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa se pronuncia a favor de criminalizar sin más la interferencia ilegal en sistemas o de datos informáticos, dejando libertad a cada Estado para exigir o no que tal conducta se realice con cualquier finalidad ilícita o que provoque como resultado un daño grave.

Lo que se pretende con estos textos normativos es castigar la mera intromisión en un sistema informático o la simple interceptación de datos informáticos, sin que de tales conductas se derive ningún tipo de resultado dañoso o sin que ni siquiera se haya actuado con la intención específica de causarlo. Se articula así una protección penal de la «seguridad informática», concepto nuevo que parece constituir un novedoso bien jurídico abstracto y supraindividual. El fundamento que justifica la creación de este nuevo objeto de protección parece situarse en el deseo de prevenir la producción de daños de graves consecuencias, tal y como se deduce principalmente de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión marco. Castigando la mera intromisión en sistemas o la interceptación de datos informáticos, se reacciona anticipadamente contra la posible producción de cuantiosos daños económicos o de

perjuicios de otra índole, creándose así esta figura delictiva como una especie de delito obstáculo. Lo que debe analizarse entonces es si tal intervención anticipada de las normas penales, y consiguientemente si la creación del bien jurídico «seguridad informática», se justifica por la existencia de un auténtico interés necesitado y merecedor de esta especial forma de tutela.

Es cierto que el Derecho penal en los últimos tiempos ha evolucionado más allá de la protección de bienes jurídicos individuales, como por ejemplo la vida o el patrimonio, puesto que la evolución social y económica, y particularmente el progreso tecnológico, determinan la necesidad de proteger otros bienes o intereses de carácter colectivo (v.gr. el medio ambiente) o de articular en ciertos casos una tutela anticipada de bienes jurídicos individuales (v.gr. configuración de los delitos socioeconómicos de consumo para impedir, en determinadas circunstancias, la producción de múltiples lesiones patrimoniales)[13]. La cuestión clave en todo caso es que la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales no debe olvidar la referencia básica al individuo, esto es, a los bienes de la persona, y que se respeten asimismo los principios de intervención del Derecho penal, teniendo en cuenta que esta rama del ordenamiento jurídico sólo debe intervenir frente ataques graves a los bienes jurídicos más fundamentales de la persona[14].

En el caso que estamos tratando, la «seguridad informática» aparece como un concepto abstracto que se pretende tutelar para evitar que se lleguen a ejecutar múltiples comportamientos delictivos, ya afecten al patrimonio, a la intimidad, a la libertad sexual, a la seguridad nacional, etc. Se emplearía entonces la construcción aplicable, por ejemplo, a los delitos contra los consumidores, contra los derechos de los trabajadores

---

[13] Vid. sobre este tema MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 94 y ss.; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 183 y ss.

[14] Vid. admitiendo la configuración de bienes jurídicos supraindividuales, pero siempre que se mantenga una referencia básica y fundamental al individuo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 105; MOCCIA, S., «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 125-126; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general* I, Universitas, 1996, 314; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 307 y ss.

o contra la salud pública: se configuraría el bien jurídico supraindividual espiritualizado «seguridad informática» como forma de englobar los demás bienes jurídicos antes mencionados, esto es, los bienes que se hallan especialmente vulnerables frente a ataques realizados a través de la tecnología informática e Internet, de modo que se castigaría ya la lesión del bien supraindividual para conjurar el peligro creado para los demás bienes jurídicos.

Así, la tipificación de estas conductas de intrusismo informático equivale a la configuración de una «norma obstáculo», puesto que se trata de sancionar penalmente una actuación considerada peligrosa (la interferencia o acceso ilegal en relación con sistemas o datos informáticos) para impedir la realización de otras conductas de consecuencias graves[15]. Lo que se trata de obstaculizar, recordémoslo, es la comisión de hechos delictivos que ya han sido mencionados (delitos contra la intimidad, infracciones patrimoniales, etc.), pero habrá que determinar si la creación de esta norma obstáculo responde a la necesidad de reaccionar frente a lagunas punitivas, y si este nuevo bien jurídico supraindividual denominado «seguridad informática» merece ser configurado.

Como se puede ver, el motivo básico que justifica la creación de estos bienes es la vulnerabilidad de determinados bienes jurídicos frente a especiales modalidades de ataque contra ellos, de modo que si el Derecho penal sólo interviene cuando estos últimos se han lesionado, ya se habrían producido daños muy graves, extensos o irreparables; ante esta situación extrema, está justificado adelantar las barreras de protección castigando determinadas conductas peligrosas, previas a la causación de tales daños, sin esperar a la producción de estas consecuencias[16].

Esta situación aparece clara si la vemos en alguno de los ejemplos propuestos anteriormente. Así, en primer lugar, podemos referirnos al

---

15 Vid. sobre el concepto de «normas obstáculo» GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1990, n.º 4, p. 98; STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit pénal général*, Dalloz, París, 2000, marginal 25. Denomina «norma obstáculo» al posible precepto incriminador de las meras conductas de intrusismo informático MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, cit., pp. 75 y ss.

16 Vid. sobre esto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 104 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 307 y ss.

bien jurídico «salud pública»: con la configuración de este bien jurídico supraindividual y abstracto se pretende en realidad proteger el bien jurídico tradicional «salud individual»; lo que ocurre es que existen determinadas conductas que, por su radio de expansión y por la peligrosidad a ellas inherente, sitúan en una especial indefensión al citado bien jurídico individual «salud humana». Simultáneamente a la ejecución de comportamientos como el despacho de medicamentos alterados, la fabricación de bebidas o comestibles nocivos para la salud o la adulteración de alimentos con agentes no autorizados susceptibles de causar daños al ser humano, se está verificando un peligro grave y cercano para la salud de múltiples individuos, puesto que cualquiera de las acciones descritas implica poner al alcance de incontables sujetos, de una sola vez, la posibilidad de lesionar gravemente la salud individual. De este modo está justificado castigar estas conductas gravemente peligrosas para un amplio grupo de sujetos titulares de un bien jurídico individual, de tal forma que tal peligro para estos últimos bienes vendrá a equivaler a la lesión del bien jurídico supraindividual «salud pública»[17].

En el caso que aquí tratamos, no se verifica esta situación de base que fundamenta la configuración de un bien jurídico supraindividual, la seguridad informática, con el objeto de conjurar un peligro grave y cercano para múltiples bienes individuales y así impedir la producción de innumerables e irreparables lesiones de estos últimos.

En cuanto a la afectación del patrimonio individual, básicamente a través de la comisión de delitos de estafa u otras defraudaciones, daños, infracciones contra la propiedad intelectual o delitos en general contra el mercado y los consumidores (v.gr. revelación de secretos de empresa o difusión de publicidad falsa), no se verifica una especial situación de indefensión del bien individual «patrimonio» ante la realización de la conducta consistente en el «intrusismo informático».

Más claramente: el acceso no autorizado a sistemas informáticos o las interferencias en bases de datos, que puedan realizarse por ejemplo con el objeto de descubrir un secreto empresarial, o cualquier otra manipulación informática realizada con el objeto de llevar a cabo una defraudación patrimonial, no suponen automáticamente la puesta en grave

---

17 Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, 1996, pp. 250-252; vid. también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., op. cit., pp. 104-105; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., op. cit., pp. 304-310.

peligro de un número indelimitable de patrimonios, es decir, no tiene por qué ocasionarse un riesgo, por ejemplo, para los secretos de un amplio número de empresas o para los patrimonios de un gran conjunto de individuos. Las manipulaciones informáticas suponen tan sólo una nueva forma, en general más fácil y segura, de cometer el concreto atentado patrimonial, pero tal acceso o interferencia no autorizados a sistemas o bases de datos no supone de por sí un comportamiento creador de un grave riesgo para una multiplicidad de bienes jurídicos patrimoniales. No cabe excluir, de todos modos, que en algunos casos la realización de estas conductas sí llegue a causar perjuicios económicos importantes, pero tal situación puede encontrar una adecuada respuesta jurídica con la aplicación de los correspondientes tipos cualificados en estas infracciones penales o incluso a través de figuras como el delito masa[18].

En relación con el bien jurídico intimidad personal, otro de los que más seriamente puede verse afectado con el empleo de las nuevas tecnologías, tampoco puede afirmarse que se verifique la situación justificante de la creación del bien jurídico supraindividual «seguridad informática». Por una parte, debe tenerse en cuenta que la informática e Internet cobran relevancia a la hora de acotar el objeto material de estos delitos: mientras tradicionalmente el descubrimiento de secretos o la vulneración de la intimidad de otro se podía realizar básicamente a través del apoderamiento de sus papeles, cartas o documentos, actualmente también se incluye en el tipo el acceso a los mensajes de correo electrónico o a ficheros o soportes informáticos. Por otra parte, la incriminación de la interceptación de las telecomunicaciones debe abarcar también ahora a los casos en que tal comunicación se realiza vía Internet; consecuentemente, la revelación y difusión de los secretos o datos personales encuentra precisamente este nuevo canal de Internet, con sus enormes posibilidades de expansión.

Del examen de tal estado de cosas obtenemos que el acceso a sistemas o datos informáticos no supone, en relación con la comisión de estos delitos contra la intimidad, un comportamiento que deje en especial indefensión la intimidad personal de múltiples sujetos, sino que más

---

[18] Vid. MORÓN LERMA, E./ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad*, cit., pp. 169 y ss., examinando la incardinación de las conductas que pretende incriminar el citado Convenio en los preceptos existentes en nuestro Código penal.

bien se trata, en primer lugar, de una nueva forma de cometer estos delitos, ya que Internet constituye una nueva vía de comunicación y difusión de noticias añadida a los medios de comunicación hasta ahora existentes; y en segundo lugar, con la aparición de las bases de datos y ficheros informáticos y de los mensajes de correo electrónico, se añade un nuevo objeto material sobre el que pueden recaer las conductas de descubrimiento, apoderamiento y revelación de secretos. En conclusión, el acceso o interferencia ilegal con respecto a sistemas o datos informáticos no supone una conducta que ponga en grave riesgo la intimidad de múltiples individuos, sino que realmente es uno de los nuevos aspectos o modalidades en la comisión de esta categoría de delitos; en suma, se produce el acceso o interferencia precisamente para cometer un determinado delito contra la intimidad personal.

Una situación algo diferente se produce con respecto a los delitos contra el honor, a las amenazas, a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales e incluso a las falsedades documentales, dado que en estos casos la relevancia de las nuevas tecnologías se halla precisamente en la utilización de Internet como medio de comunicación, como forma de difusión al público de los contenidos ilícitos. Así, en relación con la primera categoría de delitos, puede emplearse esta vía, por una parte, para comunicar la calumnia o injuria concretas al sujeto pasivo o, por otra parte, como forma de difundir al público las precisas expresiones calumniosas o injuriosas. Lo mismo puede decirse en referencia a los delitos de amenazas: las nuevas tecnologías constituyen una nueva vía para exteriorizar o difundir un comunicado amenazante.

Con respecto a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el papel destacado de las tecnologías informáticas cobra relevancia de forma primordial en la comisión del delito de distribución de pornografía en la que aparezcan menores de edad o incapaces, tanto en la elaboración como en la difusión de dicho material pornográfico. Es en este sentido en el que despliegan su importancia los avances informáticos en relación con las falsedades documentales: la tecnología informática puede ser empleada para ejecutar alguna de las conductas constitutivas del delito de falsedad documental, por ejemplo la alteración o la simulación de un documento. Además, no debe olvidarse que según el artículo 26 del Código penal de 1995, se incluye en el concepto de documento cualquier soporte material que incorpore datos, con lo cual se integran aquí los soportes o ficheros informáticos. En suma, se trata aquí del empleo de la informática e Internet como útiles que facilitan la comisión de estos delitos, sin que ni siquiera quepa hablar aquí del acceso a datos

informáticos o de la interferencia ilegal en sistemas informáticos: la utilización de estas tecnologías como meros elementos de elaboración del material delictivo o de simples medios de difusión de los contenidos ilícitos carece de todo tipo de referencia a la quiebra de la «seguridad informática».

Finalmente, cabe hablar de otras categorías de delitos en los que puede desempeñar un papel relevante la informática, y cuyas consecuencias sin duda han estado muy presentes en los promotores de los citados textos internacionales, principalmente la Propuesta de Decisión marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad. En este sentido, en nuestra doctrina[19] se ha hecho referencia a los delitos de estragos y a los desórdenes públicos como otras de las figuras delictivas que pueden guardar relación con las tecnologías informáticas y con Internet. El primero de los delitos referidos se encuentra en el artículo 346 del Código penal, precepto que castiga a quienes provocando explosiones o empleando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causen, entre otros consecuencias, la perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación. La segunda figura delictiva mencionada se regula es la contenida en el artículo 560 del Texto punitivo, donde se sanciona a los que causen daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones.

En principio, la relación de las nuevas tecnologías con estos tipos penales se halla en la consideración de la informática e Internet como objeto material de estas infracciones, en cuanto constituyen medios de telecomunicación. No obstante, en estas dos últimas categorías de delitos, las nuevas tecnologías de la comunicación no se limitan a constituir un nuevo objeto material de los correspondientes tipos delictivos, sino que pueden constituir un medio o instrumento para cometer cualquier modalidad de los delitos de estragos, de desórdenes públicos o incluso de otras infracciones penales como el terrorismo o los delitos contra la seguridad nacional. Estamos de nuevo, como en los casos expuestos con anterioridad, ante la comisión de determinados delitos contando para ello con la ayuda de las nuevas tecnologías; se aprecia entonces que las tecnologías informáticas ofrecen nuevos métodos, de gran eficacia, que permitan cometer esta clase de delitos.

---

[19] Cfr. ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., p. 161.

Hasta ahora, ya de principio, vemos que no se verifican aquí los fundamentos justificadores de la configuración de un nuevo bien jurídico supraindividual denominado «seguridad informática»; concluyentemente, no hay por qué intervenir anticipadamente, configurando este bien espiritualizado, ya que no existe el riesgo de que se produzcan daños múltiples e irreparables a otros bienes jurídicos tradicionales. Además de ello, y como se verá a continuación, la creación de este nuevo interés como bien penalmente protegible no es acorde con el respeto de los principios de intervención mínima del Derecho penal y con el principio de proporcionalidad.

Por una parte, ¿se respetaría el principio de intervención mínima del Derecho penal? Para responder a esto debe determinarse si, para impedir las conductas anteriormente citadas, no eran ya suficientes los instrumentos no penales (por ejemplo, las sanciones administrativas para los casos de acceso o interferencia ilegales en sistemas informáticos, o el establecimiento de medidas de seguridad eficaces en los propios sistemas) o incluso los preceptos penales ya existentes (los ya citados ejemplos de los delitos de estafa, contra la intimidad, etc.)[20].

En relación con esta cuestión, ha quedado suficientemente aclarado que en el Código penal encontramos preceptos suficientes para reprimir las conductas que la Propuesta de Decisión marco pretende que se castiguen. Puede afirmarse que nos hallamos ante nuevas formas de ataque a bienes jurídicos como el patrimonio, la libertad, la intimidad, el orden público, etc.; sin embargo, es factible integrar estas nuevas modalidades de comisión de delitos en los preceptos penales ya existentes, sin configurar una nueva norma penal y aún a mayores un nuevo bien jurídico-penal. Se trata simplemente de una «actualización» de las formas de comisión de determinados delitos, que se verá facilitada en muchas ocasiones dado el potencial de las nuevas tecnologías informáticas.

---

[20] Esto constituiría el significado del principio de subsidiariedad, que, según MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 122-124, es parte del principio de intervención mínima junto con el principio de fragmentariedad; vid. también así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 377 y ss. y 383; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general* I, cit., pp. 82-84; vid. asimismo los defensores de esta opinión en AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, p. 223, nota 219.

Indudablemente esta evolución determina en ocasiones la necesidad de adaptar o reformular los preceptos existentes, y de hecho esto es lo que ha ocurrido con la figura delictiva de la estafa: ha sido necesario tipificar una nueva modalidad de estafa informática ante la imposibilidad de reconducir al tipo básico vigente la defraudación patrimonial cometida con ayuda de la tecnología informática. Esto no quiere decir que nos hallemos ante un nuevo bien jurídico necesitado y merecedor de protección penal, sino que se trata simplemente del mismo bien jurídico (en este caso, el patrimonio) que resulta atacado de una forma desconocida hasta el momento. Y lo que debe tenerse en cuenta es que no se trata de una específica modalidad de ataque que suponga un mayor peligro o una especial desprotección para el bien jurídico tradicional en cuestión.

Por otra parte, a la hora de incriminar nuevos comportamientos debe tenerse presente el principio de proporcionalidad, es decir, debemos estar ante ataques suficientemente graves al bien jurídico como para justificar la intervención del Derecho penal en su represión y castigo. Lo que se debe examinar, a la hora de decidir la incriminación de nuevos comportamientos, es si la conducta en sí presenta el suficiente desvalor como para merecer una sanción penal[21]. Esto se conecta con el principio de fragmentariedad, que también es incluido como parte del anterior principio de intervención mínima del Derecho penal[22]: se trata de que no se sancionen penalmente todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos, sino sólo las formas de ataque más intolerables a estos bienes.

En cuanto a este último aspecto, relacionado también con el principio de intervención mínima del Derecho penal, ha quedado ya dicho que la incriminación de meras conductas de acceso o interferencia ilegal en sistemas o bases de datos informáticos no respeta el carácter subsidiario y fragmentario del ordenamiento penal. Por otro lado, atendiendo a criterios estrictos de valoración del merecimiento de pena, de lo expuesto hasta ahora también puede deducirse que este comportamiento no presenta la suficiente gravedad como para ser configurado como un tipo penal autónomo. Así, no se verifican aquí los criterios que deben barajarse para juzgar si la intervención penal es proporcional y ajustada

---

[21] Vid. sobre el principio de proporcionalidad SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 260-261; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, cit., pp. 398 y ss.; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pp. 217-220.

[22] Vid. autores citados en nota 20.

a la entidad del hecho: gravedad de la conducta, desvalor del resultado producido, entidad de los bienes jurídicos afectados, etc.[23]. Debe tenerse presente que estamos hablando únicamente de criminalizar el mero intrusismo informático, la simple interferencia o acceso no autorizados con (o incluso sin) vulneración de medidas de seguridad especiales; recordemos de nuevo que la realización de tales actuaciones como forma de comisión de, por ejemplo, un delito contra la intimidad o contra el patrimonio, encontrará su adecuado castigo mediante la integración de la acción ejecutada en el ámbito típico de uno de estos últimos tipos delictivos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sea como sea, para concluir, merece llamar la atención sobre la falta de sintonía entre, por una parte, esta preocupación de los Estados por sancionar a toda costa las interferencias en sistemas informáticos y los accesos no autorizados a datos informáticos, con el objetivo de impedir la vulneración de la intimidad o la producción de daños económicos o catástrofes importantes, y, por otra parte, la iniciativa de los propios Estados la realización de ciertas actividades que suponen precisamente el acceso o interferencia ilegal en sistemas informáticos.

En primer lugar, ya ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales la configuración en Estados Unidos de un extenso sistema de vigilancia de las comunicaciones en Internet, denominado Echelon. La existencia de este mecanismo de rastreo de mensajes privados, que se activa cuando se interceptan en la red determinadas palabras claves, supone un serio menoscabo del derecho de los ciudadanos a la salvaguarda de su intimidad; y además, constituye una grave contradicción con el establecimiento y armonización de normas que pretenden castigar a quienes vulneren la intimidad de otros empleando estas nuevas tecnologías[24].

---

23 Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general* I, cit., p. 85; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, cit., pp. 400-401.

24 Vid. críticamente sobre este sistema de vigilancia MORALES PRATS, F., «Internet: riesgos para la intimidad», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, cit., pp. 78-80.

En esta línea se muestra también la USA Patriot Act, ley promulgada en Estados Unidos el 24 de octubre de 2001, que permite, cuando haya meras sospechas de actividad terrorista, vigilar todo tipo de comunicaciones (incluidas las electrónicas), con una única orden judicial federal para todo el territorio de los Estados Unidos; y asimismo un solo permiso judicial hará posible la intervención de teléfonos o direcciones de correo electrónico que puedan ser usados por sospechosos de participar en acciones terroristas[25]. Se trata de leyes que caducan, promulgadas con un tiempo limitado de vigencia, pero esta legislación de carácter excepcional corre el riesgo de «enquistarse» en el ordenamiento y convertirse en un conjunto de disposiciones aplicables en situaciones de normalidad.

Asimismo, otro ejemplo de contradicción entre las pretensiones de criminalizar el intrusismo informático, que son la base de estos Textos internacionales, y la actuación unilateral de algunos Estados, se demuestra al ver iniciativas como la de Estados Unidos a la hora de diseñar su ofensiva contra Irak. El propio Pentágono admitió que una de sus posibles tácticas de ataque consistía en la que puede denominarse «ciberguerra», esto es, en la realización de ataques informáticos como la propagación de virus, el robo de información, la causación de averías en los sistemas de información, etc.[26].

Resulta contradictorio y sorprendente que se pretenda crear en el mayor número de Estados posibles un nuevo tipo penal de intrusismo informático, que castigue el mero acceso o interferencia ilegal en relación con datos o sistemas informáticos, cuando este tipo de comportamientos pueden aparecer potenciados desde las propias instituciones estatales. Si con la configuración de este nuevo tipo penal se busca reforzar la protección de la intimidad, impedir la causación de graves daños económicos, o evitar el bloqueo de servicios públicos (v.gr., destacadamente, transportes, hospitales, redes de comunicación, etc.) o empresas particulares, no es de recibo que simultáneamente los propios Estados se atribuyan la facultad de realizar auténticas conductas de intrusismo informático.

---

25 Vid. sobre esto PERARNAU MOYA, J., «Internet amenazada», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, cit., p. 136-139; no obstante, este autor no se manifiesta especialmente crítico con esta norma, alegando que no está exenta de control judicial.

26 Vid. el diario EL PAÍS, edición de 16 de marzo de 2003.

Y, sobre todo, cabe ser aún más reacios ante estas nuevas propuestas de criminalización a la vista de lo dicho a lo largo de estas páginas: la mera seguridad informática no tiene la entidad suficiente para constituirse en un bien jurídico-penal autónomo, sancionando el mero acceso ilegal a datos informáticos o la simple interferencia no autorizada en sistemas informáticos, dado que la realización de estas conductas no supone automáticamente un peligro grave e inabarcable para una multiplicidad de bienes jurídicos. Básicamente se trata de que, con estas nuevas tecnologías, surgen nuevas modalidades de comisión de infracciones delictivas de carácter patrimonial, contra la intimidad, contra la libertad, contra el orden público, etc., sin olvidarnos de que la destrucción o inutilización de sistemas o bases de datos informáticos encuentra acomodo sin problema en el tipo penal de daños.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M., «Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 255.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, 1996.

GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1990, n.º 4, p. 97.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

GONZÁLEZ RUS, J. J., «Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (artículo 264.2 del Código penal)», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y OTROS (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid 2002, p. 1281.

LEZERTUA, M., «El proyecto de Convenio sobre el cybercrimen del Consejo de Europa», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 15.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, 1996.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant Blanch, Valencia, 1998.

MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, EDISOFER, Madrid, 2001.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R./ SÁNCHEZ

LÓPEZ, V. (coord.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, p. 129.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2002.

MOCCIA, S., «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 113.

MORALES GARCÍA, O., «Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre cyber-crime», en AAVV, *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, CGPJ, Madrid, 2003, p. 11.

MORALES PRATS, F., «Internet: riesgos para la intimidad», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 63.

MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

PERARNAU MOYA, J., «Internet amenazada», en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 127.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., «Criminalidad y sistemas informáticos», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R./ FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coord.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003, p. 139.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

STEFANI, G./ LEVASSEUR, G./ BOULOC, B., *Droit pénal général*, Dalloz, París, 2000.

Análisis dogmático de derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional

Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA*
MARCOS ORELLANA CRUZ**
MARCELO CASTILLO SÁNCHEZ***
M.ª CECILIA RAMÍREZ GUZMÁN****

Sumario: I. La conciencia de los peligros ambientales y el sistema chileno de protección del medio ambiente. II. Las exigencias impuestas por el Derecho Internacional en materia penal ambiental. 1. Protección penal medio ambiente antártico. 2. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva. 3. Protección penal del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos. 4. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas. 5. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre. III. Los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado. 1. Los delitos contra el medio ambiente en el derecho de tradición continental. 2. Los delitos contra el medio ambiente en el *common law*. El sistema norteamericano. IV. El estado actual de la protección penal del ambiente en Chile. La inexistencia de una legislación específicamente dirigida a la protección penal del medio ambiente. 1.

---

* Abogado P.U.C. de Chile, Mg. y Dr. en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Prof. Asociado de Derecho penal de la Universidad de Talca.

** Abogado P.U.C. de Chile, Ll. Mg. American University. Investigador Universidad de Talca.

*** Abogado P.U.C. de Chile. Investigador Universidad de Talca.

**** Abogado P.U.C. de Chile, Mg. y Dr. (c) en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona. Prof. Conferenciante de Derecho penal de la Universidad de Talca.

Protección penal del aire y la atmósfera. 2. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas. 3. Protección penal de los suelos y de los espacios naturales. 4. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la flora y fauna silvestres. 5. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva. V. La insuficiencia de la actual legislación penal ambiental chilena para una adecuada protección del medio ambiente y de la institucionalidad medioambiental. 1. Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes, para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia. 2. Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental. 3. Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. VI. La insuficiencia de los proyectos legislativos en la materia. Reseña y análisis crítico. 1. El proyecto de Ley que Tipifica el Delito Ambiental (Boletín 2177-12). 2. El Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12). VII. Conclusión: la necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno. Ideas matrices del Proyecto que se propone. 1. La necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno. 2. Ideas matrices del Proyecto que se propone. Proyecto de Ley sobre delitos contra el medio ambiente.

Este artículo corresponde al Informe Final del Proyecto FONDECYT 1010206-2001, sobre tratamiento penal de los delitos contra el medio ambiente en Chile, y en él recogemos las conclusiones del trabajo de investigación realizado, y ofrecemos nuestra propuesta, en la forma de un Proyecto de Ley que regule específicamente la materia.

Para llegar a estas conclusiones se elaboraron durante el primer año de investigación diversos estudios de derecho comparado e internacional[1], los que se complementaron, durante el año 2002, con otras investigaciones sobre el derecho internacional y el nacional[2]. El resultado de

---

1 Los estudios referidos son los siguientes: «*Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile*», de los profesores J. P. MATUS y M. ORELLANA; «*Informe sobre la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado de tradición continental*», de los Profs. J. P. MATUS, M.ª C. RAMÍREZ y M. CASTILLO; y «*Derecho penal ambiental en la tradición del Common Law*», del Prof. M. ORELLANA.

2 En este período, bajo la Dirección del Prof. J. P. MATUS, se terminaron las Memorias para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, «*Obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados no suscritos por Chile, Recopilación de Tratados Internacionales*», de la alumna Marcia Allendes; y «*Análisis de los*

estas investigaciones fue discutido entre los investigadores del proyecto y expertos extranjeros en el Seminario Internacional sobre Derecho Penal del Medio Ambiente, que se desarrolló en Talca y Pelluhue, en el mes de octubre de 2002, y en reuniones informales en enero de 2003 con miembros de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

Las conclusiones de este trabajo se exponen en este informe en siete partes: la primera aborda la cuestión de la necesidad de un derecho penal protector del medio ambiente, ante los riesgos a que se encuentra sometido en las sociedades contemporáneas; la segunda, la necesidad de su regulación desde el punto de vista del Derecho Internacional y las obligaciones contraídas en la materia; la tercera, una descripción sucinta de los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado; la cuarta, una explicación acerca de las normas de derecho penal ambiental vigentes en Chile; la quinta, el por qué de la insuficiencia legislativa penal para la protección del medio ambiente, a la luz de las obligaciones internacionales contraídas en la materia, el estado del derecho comparado y la necesidad de evitar la burla del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; la sexta, una reseña y crítica científica de los proyectos de ley en materia penal ambiental presentados al Congreso Nacional; y la séptima, las ideas matrices de las soluciones de *lege ferenda* que se ofrecen a los problemas de las insuficiencias del Derecho nacional en la materia y el texto de la propuesta de Proyecto de Ley elaborado, producto final de nuestras investigaciones.

I. LA CONCIENCIA DE LOS PELIGROS AMBIENTALES Y EL SISTEMA CHILENO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Aunque ya es un lugar común afirmar que asistimos en la actualidad al escenario de una progresiva preocupación a nivel nacional e internacional por los peligros que, para la vida, la dignidad, el bienestar y la

---

delitos de carácter ambiental contenidos en el Código penal y en las leyes especiales chilenas», de los alumnos R. TRONCOSO y S. QUIROGA. Además, en el Seminario Internacional sobre Derecho Penal del Medio Ambiente, organizado en el marco de este Proyecto Fondecyt se presentaron los siguientes trabajos, que han servido de referencia en la elaboración de este informe final:

salud de las actuales y futuras generaciones, entrañan los fenómenos de degradación ambiental propios del estado actual del desarrollo económico y social de nuestra comunidad, inserta en un mundo de relaciones cada vez más globalizadas; es, naturalmente, esta preocupación la que motiva la pregunta acerca de la necesidad de una regulación penal de los graves atentados contra el medio ambiente y, consecuentemente, de la forma en qué dicha regulación debiera plantearse.

Esta preocupación de nuestra comunidad se refleja en la cobertura informativa que se ha dado a diversos fenómenos propios de nuestro tiempo, que van más allá de las periódicas saturaciones de contaminantes en el aire de nuestras ciudades[3], tales como episodios de grave contaminación de las aguas de los ríos[4] y mares[5], etc. Últimamente, además, hemos visto la preocupación de la prensa por otro problema propio de las sociedades contemporáneas: el tratamiento de la producción de residuos radioactivos, tóxicos o de naturaleza peligrosa, que podrían llegar a contener ciertas sustancias especialmente nocivas, y cuando no es ese el caso, su sola acumulación sin control ni tratamiento adecuado puede revestir una importante cuota de gravedad y peligrosidad para el medio ambiente y la salud de las personas[6]. A estos

---

3 Ver al respecto las múltiples notas de prensa surgidas en relación a la contaminación ambiental en el Gran Santiago, particularmente las referidas a las *alertas ambientales* ocurridas en pasado año (por todos, *El Mercurio,* de 4 de mayo de 2002, *Cuerpo C).* Pero también existen otros riesgos de contaminación del aire no siempre igual de destacados, pero a veces de mayor gravedad para la salud de quienes los padecen, como la contaminación por plomo y cobre sufrida por un sector de la ciudad de Antofagasta (*El Mercurio,* 9 de noviembre de 2002, *Cuerpo C).* Entre la bibliografía científica, pueden verse los textos de HAJEK, E./ ESPINOZA, G./ GROSS, P., *Percepción de los problemas ambientales en las Regiones de Chile,* Santiago, 1994, AA.VV., *Gestión Ambiental del Gobierno de Chile,* CONAMA, Santiago 1997; y GEISSE, G., *10 años de debate ambiental,* Santiago 1993.

4 Ver al respecto, la noticia referida a las *emergencias ambientales* por derrames mineros en el tranque Talabre (Calama) y en el Río Elqui (*El Mercurio,* 9 de noviembre de 2002, *Cuerpo C).*

5 El último ejemplo de lo cual es el grave suceso del hundimiento del buque petrolero *Prestige,* y el posterior derrame de su cargamento en las costas gallegas (*Emol,* 30 de noviembre de 2002).

6 El ejemplo más paradigmático de lo cual es el problema suscitado por el control de los vertederos y el depósito de residuos sólidos, reflejado en el Editorial de *La Tercera,* de 14 de febrero de 2002. Esta preocupación también se ha reflejado a nivel parlamentario, en las mociones contenidas en el Boletín 150-11, donde se intentó legislar prohibiendo el ingreso al territorio nacional de desechos provenientes de

fenómenos han de sumarse los peligros que origina respecto de la mantención de las propiedades del aire, el agua y los suelos, la necesaria producción y transporte de elementos nucleares, químicos, biológicos y otras sustancias peligrosas, actividades que fuera de control (esto es, realizadas sin las estrictas medidas de seguridad apropiadas a su naturaleza) pueden incluso afectar directa e indirectamente la vida y la salud de las personas y de la flora y fauna nacionales[7].

Para enfrentar estos fenómenos, el derecho del medio ambiente en Chile ha experimentado numerosos y significativos cambios en los últimos 10 años, los cuales, como es sabido, han estado orientados a establecer, por una parte, una Institucionalidad Ambiental, conformada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y sus respectivas Comisiones Regionales (COREMA); y por otra, un conjunto de instrumentos jurídicos, entre los que destacan el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental de las actividades y proyectos que inciden en el *medio ambiente*, y las *Normas de Calidad y de Emisión dictadas en su* conformidad, instrumentos inspirados en el propósito de lograr un desarrollo sustentable que permita, en el corto, mediano y largo plazo, el cumplimiento de estándares o normas de calidad ambiental que permitan el cabal disfrute de todos los chilenos del derecho consagrado en el artículo 19 N.º 8 de nuestra Carta Fundamental.

Así, mientras el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental pretende lograr una adecuada prevención y control de las actividades que podrían llegar a originar daños ambientales; la promulgación progresiva de Normas de Calidad Ambiental fija las metas ambientales

---

terceros países; en el Boletín 2401-12, sobre un Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos; y en el Boletín 2721-12, que contenía un Proyecto de Ley que prohibía el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra.

7 J. C. GODOY, alcalde de San Miguel y Presidente de Emeres, informó a la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados (Sesión 35.ª de la 342 Legislatura, 5.09.2000), que en ese año a un vehículo que transportaba cloro al 8%, sin autorización ni medidas de prevención adecuadas, se le cayó una bolsa en la Carretera del Sol, lo cual dio como resultado que 8 funcionarios municipales y 4 bomberos, fueran hospitalizados. Ver, además, el estudio *Riesgo y Costo Social del Transporte de Sustancias Peligrosas en la Minería,* por A. WRANN, M. ANDÍA y G. LAGOS, del Centro de Investigación Minero Metalúrgico y Pontificia Universidad Católica de Chile, Informe de Avance, mayo 2000, en http://www.cipma.cl/hyperforum/chile1.doc.

generales para todo el territorio o parte de él, y especialmente, los objetivos y acciones a realizar para mantener las propiedades del ambiente sano y libre de contaminación; en tanto que las Normas de Emisión permiten fijar a cada fuente individual las cantidades máximas de emisión de contaminantes, estableciendo mecanismos de adaptación progresiva a dichos límites de las actividades sujetas a control.

Sin embargo, no existen en la Ley N.º 19.300 ni en los restantes instrumentos ambientales, mecanismos de carácter penal establecidos directamente para sancionar a quienes causen un grave daño ambiental o burlen derechamente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, haciendo ilusorias sus finalidades, y los civiles y administrativos parecen, como se verá a continuación insuficientes para impedir o sancionar adecuadamente dichas conductas.

En efecto, El Título III de la Ley N.º 19.300 establece, por una parte, una acción de carácter *civil* derivada solamente de daños ambientales y que se rige por los criterios tradicionales de responsabilidad extracontractual (artículo 51. inc. final), particularmente en lo referido a la prueba del dolo o la culpa civil (artículo 51 inc. primero) y de la relación de causalidad para efectos de obtener una indemnización (artículo 52). Estas limitaciones se mitigan sólo en parte con la existencia de una acción de carácter meramente reparatorio del ambiente (artículo 53), respecto de la cual se abre el abanico de personas legitimadas para actuar (artículo 54) y se establece un procedimiento sumario algo más expedito que el juicio ordinario civil (artículos 60 y siguientes), pero que claramente no resulta apropiada para *prevenir* dichos sucesos ni, mucho menos, adecuada para los casos de grave e irreparable contaminación ambiental.

Por otra parte, las sanciones que se establecen en el artículo 57 de la Ley 19.300, respecto de los responsables de fuentes emisoras que infrinjan regulaciones relativas a los planes de prevención o descontaminación, o a las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, si bien permiten sancionar por una vía que parece indicada (salvo en cuanto supone la realización de un juicio civil ante la judicatura ordinaria) ciertas infracciones de carácter menor a normas medioambientales, claramente son insuficientes preventivamente respecto de hechos de *grave contaminación ambiental o peligro de ella,* puesto que las normas de emisión y de calidad ambiental están referidas a finalidades de gestión que toman en cuenta factores acumulativos, territoriales, temporales, y hasta estacionales, los que hacen difícil identificar hechos que por sí mismos puedan considerarse como de grave daño ambiental.

Lamentablemente, tampoco el sistema fiscalizador de carácter administrativo dispuesto en el artículo 64 de la Ley N.º 19.300 parece suficiente para los propósitos antes enunciados, básicamente por reducir su aplicabilidad al control del adecuado cumplimento de las condiciones en que se autorizaron los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dejando a las Comisiones Regionales y Nacional del Medio Ambiente impedidas de aplicar la fuerte multa que allí se dispone (hasta 500 UTM), a quienes sencillamente burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[8] o causan graves daños ambientales no vinculados a proyectos o actividades sujetos a dicho sistema, etc. Asimismo, se crea un sistema burocrático, con un procedimiento que no está claramente descrito en la ley, y que opera, en la actualidad, a través de «Comités Operativos de Fiscalización», cuya constitucionalidad y legalidad son dudosas[9].

Incluso la referencia que en dicho artículo 64 de la ley N.º 19.300 se hace al ejercicio por parte de las Comisiones Regionales o Nacional de las «acciones... penales que sean procedentes», parece de muy difícil aplicación práctica, pues como veremos a continuación, el resultado de nuestras investigaciones demuestra que las normas penales relativas al medio ambiente vigentes en Chile, parecen insuficientes —si se contraponen a la luz del estado actual del Derecho Internacional (y de las obligaciones contraídas en ese ámbito) y del derecho comparado— para sancionar adecuadamente a quienes causan sucesos de grave contaminación o daño ambiental, ponen en grave peligro al medio ambiente y,

---

8 Como la propia Contraloría General de la República ha reconocido en su Dictamen N.º 8.988, de 14 de marzo de 2000, no existen sanciones en la Ley N.º 19.300 para quienes infringen la obligación en ella establecida de someter los Proyectos o actividades que se señalan en su artículo 10 al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Cfr. BASCUÑÁN MUÑOZ, J. F., *Jurisprudencia de la Contraloría General de la República relativa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: 1997-2000,* Santiago 2001.

9 En efecto, cuando se discutió el artículo 77 de la Ley 19.300. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se acordó en el Senado otorgar al Director Ejecutivo de la CONAMA la faculta de crear *Comités operativos,* como «comités consultivos para el estudio, consulta, análisis y coordinación en materias relativas al medio ambiente», posibilitando la incorporación de personas ajenas a la CONAMA, pero sin hacerse en ningún momento referencia a una función fiscalizadora y sancionatoria, como la que ha derivado en la práctica (Cfr. TOLEDO TAPIA, F., *Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia fidedigna y concordancias internas,* Santiago, 1996, p. 249).

consiguientemente a nuestra comunidad, o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

II. LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL AMBIENTAL

En cuanto a la preocupación de la comunidad internacional —y del Estado de Chile como parte de la misma—, a partir de la década de 1950, con la celebración del Convenio de Londres de 1954 para la Prevención de la Contaminación del Mar por Hidrocarburos y, con mayor fuerza, con posterioridad a la Declaración adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del día 5 al 16 de junio de 1972, aquélla se ha visto reflejada en un impresionante *corpus* de Declaraciones, Resoluciones, Tratados multi y bilaterales, etc. [10], en el cual aparece como una idea-fuerza constante la necesidad de sancionar penalmente y con independencia del régimen administrativo,

---

[10] No es claro el número total de Tratados, Convenciones, Declaraciones, etc., que directa o indirectamente tienen relación con el medio ambiente. FUENTES OLIVARES, F., en su *Manual de Derecho Ambiental,* Valparaíso, 1999, pp. 119 s., señala que existirían más de 4.000 instrumentos jurídicos en la materia, de los cuales, «de carácter estrictamente internacional, con pretensión de universalidad y globalidad, hay alrededor de 152»; en tanto que GONZÁLEZ/ SÁNCHEZ/ SÁENZ, ob. cit., p. 792, hablan de «*varios centenares de textos*». En Recopilaciones elaboradas por la doctrina *iuspublicista,* podemos señalar que WIRNIE, P. W. y BOYLE, A., *Basic Documents on International Law and the Environment,* Oxford, 1995, enumeran a esa fecha alrededor 40 instrumentos que pueden considerarse como punto de partida para el estudio del Derecho Internacional Ambiental. Por su parte, respecto a los instrumentos suscritos por la República de Chile, el Profesor H. LLANOS MANSILLA, en su trabajo, también de 1995, *La protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios internacionales,* transcribe más de 70 Tratados, Convenciones y Declaraciones relativos a la materia. Para efectos de su estudio particular, nuestra Comisión Nacional del Medio Ambiente ha realizado una selección de los Tratados Internacionales relativos al ambiente, considerando como más relevantes para Chile un grupo de aproximadamente 20 Tratados, incluyendo sus respectivos Protocolos, cuyos principales contenidos, con referencia a su grado de cumplimiento a nivel nacional, se recopilan en la obra de MONTENGRO, S./ HERVÉ, D./ DURÁN, V., *Los Tratados Ambientales: Principios y aplicación en Chile,* Santiago, 2001. Por su parte, el PNUMA, en su texto *Derecho Internacional Ambiental Regional,* recopila 31 tratados y convenciones aplicables en América Latina.

las graves infracciones a la regulación ambiental de cada país y las que ponen en peligro a la comunidad toda, como el tráfico ilícito de residuos peligrosos y la contaminación transfronteriza idea que se recoge en el Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, donde se insiste en la necesidad de que «los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente», que reflejen «el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican».

Esta necesidad, en los términos de la Comisión de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Criminal (fundida actualmente con la Oficina de las Naciones para el Control de las Drogas y la Prevención del Delito), debe traducirse en una activa participación de la «justicia criminal en la protección del medio ambiente» y en la adopción por parte de los Estados de disposiciones penales que castiguen: a) infracciones que tuviesen o pudiesen tener efectos transfronterizos que afectasen a la comunidad internacional toda, como las relativas a las emanaciones de gases invernaderos; b) infracciones que tuviesen efectos en un país distinto del lugar donde se cometen; y c) infracciones que pudiesen ser consideradas graves «delitos contra el medio ambiente» en cualquier país, entre los que debieran incluirse los relativos al patrimonio cultural, los relativos al manejo de desechos tóxicos y a la flora y fauna; y el cambio de la tradición romanista contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerada como «un instrumento ineficaz para combatir los delitos graves contra el medio ambiente porque la gran mayoría de los delitos de degradación ambiental era atribuible a entidades privadas y públicas»[11].

Ya en particular, la necesidad de adoptar un régimen jurídicamente más coercitivo para prevenir daños ambientales, aparece claramente en una serie de Tratados y Convenciones suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, que imponen la obligación de proteger penalmente el medio ambiente, en las siguientes áreas[12]:

---

11 Informe de la Reunión del Grupo Especial de Expertos sobre las formas más eficaces de cooperación internacional contra la delincuencia transnacional, Viena, diciembre 1993 (E/CN.4/1994/4/Add.2,10) y del Noveno Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, El Cairo, 29 de abril a 8 de mayo de 1995 (A/CONF.169/16, 352-361).

12 Las obligaciones internacionales que aquí se reseñan son aquéllas que directamente imponen la obligación de establecer delitos en la legislación interna. No obstante,

1. Protección penal medio ambiente antártico

El artículo 13.1 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, Madrid, 4 de octubre de 1991, señala que «cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas».

2. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva

EL artículo 7 de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena/ Nueva York, de 3 de marzo de 1980, establece que «la comisión intencionada» de los actos que se detallan, relacionados con el tráfico ilícito de materiales nucleares (plutonio y uranio en su estado no mineral) «(1) será considerada como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional» y que «(2) cada Estado Parte deberá considerar punibles los delitos descritos [...] mediante la imposición de penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza». También relacionado con los materiales nucleares, el artículo I del Tratado que Prohibe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar, Moscú 5 de agosto de 1963, obliga a los Estados a «prohibir» «el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas [biológicas], equipos y vectores», por una parte; y realizar una «explosión de prueba de armas nucleares» u «otra explosión nuclear», por otra. Finalmente, similares obligaciones esta-

---

como se señala en el trabajo de los Profs. MATUS y ORELLANA, ob. cit., existen entre los instrumentos internacionales suscritos por Chile, otra serie de ellos que pueden servir de base a la hora de justificar la existencia de un derecho penal ambiental, pues establecen invitaciones o sugerencias en ese orden (particularmente el *Principio 11* de la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, el art. 8 de la Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de 1992, el art. 2 del Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono de 1985, etc.), o dejan entregada a la discreción estatal la clase de legislación a adoptar, como sucede, p. ej., en el Art. V de la Convención de Washington de 1940 para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, en el art. III del Protocolo de Quito de 1983 para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, etc.

blece el Artículo IV de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, Londres/ Moscú/ Washington, 1972;

3. Protección penal del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos

La Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989, establece en su artículo 4 que «(3) las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo», agregando, en consecuencia, como obligación específica en su artículo 9, que «(5) cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito»;

4. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas

El artículo 4 del Convenio Internacional Para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978), y particularmente la derivada de los derrames incontrolados de hidrocarburos, señala que «toda transgresión de las disposiciones del presente Convenio... estará prohibida y será sancionada por la legislación de la Administración del buque interesado», lo que el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982, parece suponer casi sin lugar a dudas adoptar disposiciones legales en el orden interno de carácter penal, en orden a «proteger y preservar el medio ambiente marino», y prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marítimo en sus diversas manifestaciones, obligaciones extensibles a las prohibiciones que dispone el artículo VII del Convenio Sobre Prevención de la Contaminación el Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias de 1972.

Además, facultando a los Estados para imponer sanciones de carácter penal que protejan las aguas marinas, encontramos el Artículo III del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Quito 22 de julio de 1983; y el Artículo II del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Radioactiva, Paipa (Colombia), 1981.

5. *Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre*

La más antigua disposición al respecto es la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su Anexo, Washington, de 2 de diciembre de 1946, cuyo Artículo IX dispone que «(1) cada Gobierno Contratante tomará las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y la sanción para las infracciones a tales disposiciones en las operaciones efectuadas por personas o por naves bajo su jurisdicción», agregando «(3) los juicios por infracciones o contravenciones a esta Convención serán entablados por el Estado que tenga jurisdicción sobre tales delitos».

Actualmente, la Conferencia de las Partes de la Convención Sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Washington, 3 de marzo de 1973, entiende que dicho tratado obliga a aquéllas a establecer estrictas medidas de control sobre el tráfico ilícito de especímenes de especies en peligro y adoptar, en caso de violación de esas medidas de control, «las medidas apropiadas, en conformidad al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, en orden a penalizar tales violaciones»[13].

Además, el artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la misma Conferencia Internacional de Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, «obliga» a «cada parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda», a establecer «un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica» y «la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas». Junto a este tratado, existen también otros que se refieren a particulares elementos de la fauna y flora silvestre dignos de protección, en que se faculta a los Estados a adoptar medidas coercitivas, incluidas las penales, por supuesto. Entre ellos tenemos: el artículo 2 (2) de la Convención Sobre Conservación de Focas Antárticas, y su Apéndice, Londres 1 de junio de 1972; el Artículo V de la Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, Washington, 12 de octubre de 1940; los artículos 2.º y 4.º del Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña, Lima, diciembre

[13] *Resolutions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting*, CITES Secretariat, CHÂTELAINE-Genève 2000, Res. 11.3, p. 119.

de 1979; el Artículo Tercero del Convenio sobre Resguardo de Bosques Fronterizos Contra Incendios, suscrito entre el Gobierno de Chile y el de Argentina, Santiago de Chile, 22 de diciembre 1961; y los Artículos 2 y 3 de la Convención sobre Prohibición de Pesca con Redes de Deriva de Gran Escala en el Pacífico Sur, 1989, y su Protocolo de 1990.

III. LOS MODELOS DE REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO COMPARADO

Siguiendo los dictados de los Tratados y Convenciones Internacionales, y afrontando derechamente la preocupación de las sociedades actuales por la degradación del medio ambiente, en buena parte de las naciones de nuestra órbita cultural —siguiendo una marcada tendencia que aún no ha encontrado eco legislativo en Chile— podemos encontrar recientes modificaciones legales que abordan directamente la protección penal del medio ambiente o de la institucionalidad ambiental, asumiendo de este modo la insuficiencia de las vías civiles y administrativas para afrontar los problemas derivados de la degradación del medio ambiente en el estadio de desarrollo social y cultural que nos encontramos. Entre estas soluciones normativas al problema de la regulación de la protección penal del medio ambiente, podemos destacar las siguientes:

1. Los delitos contra el medio ambiente en el derecho de tradición continental

Entre las legislaciones de tradición continental que han establecido nuevas figuras penales que castigan de manera más o menos independiente hechos que afectan o pongan en peligro el medio ambiente, podemos encontrar dos modelos diferentes de tratamiento del llamado *delito ambiental*: el de *regulación general* y el de *regulación especial*. La diferencia entre los modelos radica, básicamente, en la técnica legal empleada: en el primero los delitos de contaminación aparecen en el Código penal (así, en Europa, España y Alemania); mientras que en el modelo de regulación especial, el legislador ha optado por incorporar tales delitos en una Ley especial relativa al medio ambiente, que regula la protección del medio ambiente como objeto especial, tanto en los

aspectos penal, procesal y administrativo (así, en Latinoamérica, Brasil).

Entrando en algún detalle, podemos constatar que de entre las legislaciones que siguen el modelo de *regulación general,* el Código penal español de 1995 establece en el Capítulo III del Título XVI de su Libro segundo, artículos 325 a 331, los llamados «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». En ese título, denominado genéricamente «delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» se contemplan también los «delitos contra la ordenación del territorio» (Cap. I), los que recaen «sobre el patrimonio histórico» (Cap. II), y los «relativos a la protección de la flora y fauna». De entre el variado catálogo de figuras penales que se contemplan en las disposiciones aludidas, parece haber acuerdo en la doctrina que el delito referido a la afectación propia del medio ambiente como tal, sería el contemplado en el artículo 325, conocido como «delito ecológico» o «de contaminación», que recoge con algunas alteraciones el antiguo artículo 347 bis del Código Penal de 1944 (introducido por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio) y castiga con penas privativas de libertad, multa e inhabilitación, al que «contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales»[14]. En el mismo artículo 325 se

[14] Cfr., por todos, los aportes *en prensa,* de los Profesores I. VALEIJE ÁLVAREZ («Cuestiones dogmáticas sobre el delito de contaminación ambiental en el artículo 325 del Código penal español»), J. Á. BRANDARIZ GARCÍA («Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente»), P. FARALDO CABANA («Autoría mediata con aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial»); y L. M. PUENTE ABA («La reparación en el marco del derecho penal medioambiental»), presentados en el Seminario Internacional sobre Derecho Penal del Medio Ambiente, desarrollado en las ciudades de Talca y Curanipe, del 7 al 10 de octubre de 2002, en el marco del Proyecto FONDECYT 1010206-2001, dirigido por el Prof. J. P. MATUS ACUÑA; y en la literatura publicada, entre otros, HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos del derecho Penal y artículo 325 del Código penal», *Revista Penal,* núm. 8, (2001), 39-52, p. 41; LIZAUR MARGALLO, H., «El delito ecológico en España», *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico,* vol. XXXV, núm. 1

contempla una primera agravación, consistente en provocar un «riesgo de grave perjuicio... para la salud de las personas». El mismo efecto agravante se establece en el artículo 326 cuando en la comisión del delito concurra alguna de las circunstancias siguientes: «a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones; b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior; c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma; d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración; e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; y f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones». En figuras aparte, el artículo 328 castiga con la pena de multa y arresto de fin de semana a quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las persona; y el artículo 330 impone la pena de prisión de hasta cuatro años y multa a «quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo».

Por su parte, en el actual Capítulo 29 del Código penal de Alemania, §§ 324 ss., bajo el epígrafe «Delitos contra el medio ambiente», se contempla la mayor parte de los hechos de contaminación punibles que recaen sobre los «medios del ambiente», estableciendo tipos penales diferentes para cada uno de ellos (agua, aire, suelo), junto con previsiones específicas para la protección de la flora y fauna, figuras penales antes dispersas en leyes especiales, siguiendo —al decir de TIEDEMANN— «la nueva política criminal alemana de ubicar todos los delitos importantes en el Código Penal común», pues «son los delitos incluidos en el Código Penal los que interesan no sólo (y en cuanto tales) al público sino especialmente a los juristas, comenzando por los estudiantes y terminando por los jueces y por la doctrina penal», como una forma de hacer patente «la idea de que estamos ante una verdadera delincuencia [que] merece ser tomada seriamente en cuenta»[15]. Actual-

(2000), 39-53, p. 43; VERCHER NOGUERA, A., «Reflexiones sobre las emisiones y vertidos en los delitos contra el medio ambiente y algunos aspectos determinantes en los mismos», *Revista Penal*, núm. 7 (2001), 99-108, p. 106.

15 TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pp. 175 s.

mente, el derecho penal ambiental alemán contempla las siguientes figuras penales: contaminación o alteración no autorizada del agua o de sus propiedades físicas (§ 324); aterramiento o depósito de materiales en el suelo, en importantes cantidades o poniendo en peligro serio la salud de las personas o la vida animal, vegetal y la pureza de las aguas, en contravención al ordenamiento administrativo (§ 324a); emisión e inmisión en el aire de sustancias no autorizadas, que puedan causar serios daños a la salud de las personas, la vida animal o vegetal, o la pureza de las aguas (§ 325); producción no autorizada de ruidos que puedan causar daños a la salud de las personas o serios daños a los animales y propiedades ajenas (§ 325a); verter, tratar, trasladar, o evacuar residuos químicos peligrosos o radiactivos no autorizados o fuera del margen de una autorización (§ 326); el establecimiento y administración no autorizados de instalaciones de energía nuclear, o de otras empresas productivas o extractivas que deban contar con autorización especial (§ 327); la realización no autorizada de operaciones o tratamientos con combustibles nucleares y otros elementos radioactivos (§ 328); la contaminación industrial no autorizada del aire durante períodos de emergencia ambiental[16], la de aguas o fuentes de agua especialmente protegidas, así como la destrucción o alteración de parques naturales y áreas protegidas (§ 329). Estas figuras pueden agravarse, en un primer orden, cuando la contaminación producida pueda llegar a permanecer «largo tiempo», con ella se ponga en peligro el suministro de agua a la población, se amenace la existencia de una especie animal o vegetal, o se haya producido por puro «afán de lucro»; y en segundo lugar, cuando se haya causado la muerte de una persona o se haya puesto en grave peligro la vida o salud de una persona o se haya puesto en peligro la salud de un número indeterminado de personas (§ 330). Además, el § 330a contempla una figura especial y agravada de peligro concreto para la salud y vida de las personas, consistente en la diseminación o liberación de venenos o sustancias que pueden transformarse en venenos que causen el peligro de muerte o de grave daño a la salud de otro o de daño en la salud de un número indeterminado de personas, que, según la doctrina mayoritaria concurre idealmente con el resto de los delitos que protegen el medio ambiente[17].

---

[16] No aplicable a los conductores de automóviles, quienes se rigen sólo por las disposiciones de Policía del tráfico rodado (FISCHER, ob. cit., p. 1798).

[17] CRAMER, P., «Comentarios a los artículos 324 ss. del Código penal», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. ed., München, 1997, p. 2247.

En Brasil, en cambio, donde se sigue el modelo de *regulación especial,* es una ley separada del Código punitivo —la Ley N° 9.605, de 12 de febrero de 1998, que establece sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas contra el medio ambiente— , donde se encuentran las sanciones penales en esta materia, las cuales, respondiendo a la exigencia constitucional contemplada en el artículo 225 § 3 de la Constitución Federal de 1988, castigan penalmente a quienes realicen actividades o conductas lesivas para el medio ambiente, sean personas naturales o jurídicas[18]. Desde el punto de vista formal, dicha Ley consta de 8 capítulos y 82 artículos, que desarrollan un amplio abanico de materias, no sólo penales (comprendidas en su Capítulo V), sino también infracciones administrativas, aplicación de la pena, ejercicio de la acción y el proceso penal, cooperación internacional para la preservación del medio ambiente, etc. En particular, el mencionado Capítulo V se divide en 5 secciones que tratan las siguientes materias: la Sección I «De los Delitos contra la Fauna»; la Sección II «De los Delitos contra la Flora»; la Sección III «De la Contaminación y otros Delitos Ambientales»; la Sección IV «De los Delitos contra el Ordenamiento Urbano y el Patrimonio Cultural»; y la Sección V «De los Delitos contra la Administración Ambiental»[19]. En cuanto a los delitos de contaminación propiamente tales, particular interés merece el artículo 54 de la Ley, que contempla propiamente el delito de contaminación, castigando con pena de reclusión de uno a cuatro años y multa, el «causar polución de cualquier naturaleza en niveles tales que resulten o puedan resultar de ella daños a la salud humana, o que provoquen una mortandad de animales o una destrucción significativa de la flora»; sancionándose además, con una pena inferior, su comisión culposa (artículo 54 § 1.º). Las penas se agravan cuando la contaminación afecta directamente un área habitada, el agua potable, las playas o se comete por vertimiento de basuras o hidrocarburos (artículo 54 § 2.º), o cuando se omite adoptar las medidas preventivas de un daño ambiental grave o irreversible, ordenadas por la autoridad competente (artículo 54, § 3.º). En esta Sección se contemplan además dos delitos que castigan hechos potencialmente

---

18 Ver LEME MACHADO, P.A., *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 1992 (5.ª Edición), pp. 460 y ss.

19 El único delito de esta sección que no tiene relación directa con el tratamiento de la participación de los funcionarios públicos en actos de *contaminación,* es el del artículo 69, una especie de desacato administrativo, que castiga el «obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais...».

contaminadores, pero sin relacionar su comisión con la contaminación propiamente tal. Así, el artículo 56 sanciona penalmente el «producir, procesar, embalar, importar, exportar, comercializar, guardar, transportar, almacenar, tener en depósito o usar productos o substancias tóxicas, peligrosas o nocivas para la salud humana o el medio ambiente, sin cumplir las exigencias legales o reglamentarias». En este delito, también se castiga el abandono de tales sustancias o su utilización en contra de las normas de seguridad (artículo 56 § 1.º), y su comisión culposa (artículo 56, § 3.º), agravándose la pena en caso que la sustancia sea «nuclear o radioactiva» (artículo 56, § 2.º). Por su parte, el artículo 60 castiga el «construir, reformar, ampliar, instalar o hacer funcionar, en cualquier parte del territorio nacional, establecimientos, obras o servicios potencialmente contaminadores, sin licencia o autorización de los órganos ambientales competentes, o en contravención a las normas legales y reglamentarias aplicables». Finalmente, se dispone que las penas de estos delitos se agravan todavía más, en casos de contaminación dolosa, cuando «resulta un daño irreversible a la flora o al medio ambiente en general» (art. 58, I); «resulta una lesión corporal grave en otra persona» (artículo 58, II); y cuando «resulta la muerte de otro» (artículo 58, III).

2. *Los delitos contra el medio ambiente en el* common law. *El sistema norteamericano*

Como principal característica del derecho penal ambiental en los EUA, tenemos su fragmentación en diversas leyes, protectoras a su vez de los distintos componentes del medio ambiente, a saber: la *Clean Air Act* (CAA), sobre contaminación del aire y la atmósfera[20]; la *Clean Water Act* (FWPCA), sobre contaminación de las aguas[21]; la *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA), para tratar el problema del manejo de los desechos peligrosos, «desde la cuna hasta la tumba»[22]; la *Comprehensive Environmental Response, Conservation and Liability Act* (CERCLA), que estableció mecanismos para la limpieza de los sitios contaminados con desechos peligrosos[23]; y finalmente la *Federal*

[20] 33 U.S.C. §7413.
[21] 33 U.S.C. §1319.
[22] 42 U.S.C. §6928.
[23] 42 U.S.C. §9603.

Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA) y la *Toxic Substances Control Act* (TSCA), que introducen delitos ambientales en el ámbito de las sustancias químicas[24].

El desarrollo normativo del derecho penal del medio ambiente en los EUA no se agotó con la promulgación de estos estatutos, sino que más bien ha seguido una sostenida expansión, mediante modificaciones sucesivas y sustanciales a dichas leyes, con la intención explícita de fortalecer el programa de protección penal del medio ambiente. Es así como, por ejemplo ciertas faltas se elevaron a crímenes, se eliminaron ciertos elementos subjetivos del tipo, se aumentaron las penas, y se introdujeron delitos de peligro. Estas innovaciones perseguían fortalecer la capacidad del Estado para hacer efectiva la responsabilidad penal ambiental[25].

Entre los aspectos más relevantes que distinguen este vasto sistema de protección del medio ambiente frente a los propios del sistema continental, aparte de la abierta admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de cierta tendencia a objetivizar al extremo las figuras penales, encontramos el hecho de que, aunque en última instancia el bien jurídico protegido por el sistema penal ambiental es la integridad del medio ambiente, de los elementos que lo componen y de la salud de las personas, su protección se realiza en primera línea mediante la protección penal de la integridad del esquema administrativo que establece los mecanismos de protección ambiental. Así, en el entendido que ciertas declaraciones falsas o la omisión de las mismas usualmente buscan esconder el incumplimiento de la legislación ambiental y por ende afectan el funcionamiento y los objetivos de conservación del ambiente del sistema administrativo, se castiga penalmente la entrega de información falsa y la mantención de registros falsos, por parte de los operadores económicos a quienes se obliga a entregar información sobre una serie de elementos que configuran el impacto ambiental de sus actividades; el omitir la entrega de información a la autoridad, cuando ellos es obligatorio por ley; la omisión de entregar notificación inmediata acerca de derrames de petróleo o de liberación de sustancias peligrosas al ambiente, etc. Junto con esta protección del

---

24 7 U.S.C. §136-136 y 15 U.S.C. §2601-2629, respectivamente.

25 Ver SCHROEDER, C., «Cool Analysis Versus Moral Outrage in the Development of Federal Environmental Criminal Law», *William & Mary Law Review*, núm. 251, 1993.

funcionamiento de la administración ambiental, las leyes que regulan la materia proveen también castigo a fenómenos de grave contaminación descontrolados, como la descarga no autorizada de contaminantes al aire o a las aguas, en infracción a los permisos ambientales, diferenciando en estos casos entre simples delitos (*felonies*) si el agente actuó a sabiendas (*knowingly*) y faltas (*misdemeanors*) si el agente actuó de forma negligente (*negligently*). Además, se contemplan delitos de *knowing endangerment*, que se acercan a la categoría de lo que nosotros conocemos como delitos de peligro concreto. En ellos se exige que el agente, además de la infracción de la norma o permiso ambiental, actúe con el conocimiento que coloca a otra persona en peligro inminente de muerte o de lesiones corporales serias. Estos delitos llevan aparejadas las penas más severas del sistema, hasta 15 años de cárcel y US$ 250,000 de multa, las cuales son dobladas en casos de reincidencia. En caso que el autor del delito sea una organización, las multas penales pueden ascender hasta US$ 1,000,000 por cada violación, las que se calculan aparte de las multas administrativas, las indemnizaciones civiles y la reparación del ambiente.

IV. EL ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE EN CHILE. LA INEXISTENCIA DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICAMENTE DIRIGIDA A LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia[26], no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medio ambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica, no había una preocupación por el medio ambiente como tal como hemos visto hay hoy en día. En ese sentido, y a pesar de los obligaciones internacionales vigentes y del grado de desarrollo económico de nuestra comunidad, la legislación nacional se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que podríamos deno-

[26] Ver *Infra*, el aparto VI de esta presentación.

minar de «prescindencia»[27], en que, la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses generales (como sucede con algunos delitos contra la salud pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales). Ahora bien, si ordenamos esas normas desde la perspectiva del medio ambiente y los elementos que lo constituyen, podemos constatar que el sistema chileno de protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por las siguientes normas:

1. Protección penal del aire y la atmósfera

En la actualidad no existe en nuestro país ningún simple delito o crimen que castigue fenómenos de grave contaminación del aire, pudiendo citarse al respecto sólo algunas faltas de nula aplicación práctica en los números 20 (infracción de las reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres), 22 (no entregar basuras o desperdicios a la policía de aseo) y 29 del artículo 496 del Código penal (construcción en contravención de los reglamentos de fuentes de emisión fija —hornos, chimeneas o estufas—).

2. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas

En nuestro Código penal, el principal delito que protege penalmente a las aguas es el de su artículo 315, que castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público (elaboradas para ser ingeridas por un grupo de personas indeterminadas), reduciendo con ello considerablemente su ámbito de aplicación, más aún si se tiene en cuenta que la contaminación aquí se limita a la proveniente de sustancias que podrían considerarse «venenosas» o «infecciosas», y el carácter únicamente doloso del hecho punible, que excluye los corrientes casos de

---

[27] Situación en que se encuentra también, p. ej.,. Argentina, Cfr. LIBSTER, M. H., *Delitos ecológicos*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2000.

grave contaminación de mares, ríos o afluentes, causados por evitables y previsibles «accidentes» cuyo origen puede encontrarse en la negligencia, imprevisión o temeridad de quienes controlan las fuentes de emisión. Este delito se agrava seriamente si se produce la muerte o enfermedad grave de una persona (artículo 317 Código penal), agravación que suponen la comprobación de las siempre complicadas relaciones de causalidad entre la contaminación de las aguas y la muerte o enfermedad de una persona. Otros delitos vinculados a la protección de las aguas, relativos más bien a la mantención de sus caudales más que a su contaminación, son los de sacar éstas sin derecho de sus caudales (artículo 459 del Código penal); y alterar su reparto o permitir su sustracción (artículo 480 Código de Aguas).

Como un propio delito de contaminación de las aguas, particularmente de las marinas, encontramos en la Ley General de Pesca el delito de su artículo 136, que castiga al que introdujere o «mandare a introducir» en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños. Con lo importante que resulta como modelo de regulación la decisión de contemplar expresamente un delito de contaminación y el castigo de quien decide la acción material («manda a introducir») aún antes de ejecutarse (lo que transforma a la figura en delito de peligro), la disposición citada deviene en la práctica como de muy difícil aplicación, en primer lugar, porque no contempla la figura culposa, que es la de mayor realización fenomenológica, y en segundo término, porque no se define en ella en qué consiste el daño que se pretende evitar, y del cual debe probarse una relación de causalidad con la introducción del agente contaminante, cuyo nivel de neutralización para excluir la tipicidad del hecho tampoco se encuentra fijado por la ley, a pesar de que en ella parece entenderse implícitamente que es posible la introducción de tales agentes a la aguas, siempre que previamente estén neutralizados.

3. Protección penal de los suelos y de los espacios naturales

Tampoco existe a este respecto un delito que castigue propiamente la grave contaminación de los suelos o la alteración de sus propiedades, y sólo muy indirectamente, su degradación podría ser objeto de sanción penal a título de usurpación (artículo 462 del Código penal), cuando es dolosa y tiene por finalidad alterar o destruir los términos o límites de una propiedad; o a título de infracción al artículo 138 de la Ley General

de Urbanismo y Construcciones, que castiga la venta en verde de loteos que han de ser urbanizados, sin que previamente se cumplan los requisitos que dicha ley establece. Directamente, sólo podría entenderse que el artículo 38 de la Ley de Monumentos Nacionales permitiría la sanción penal de quienes degraden o contaminen seriamente los suelos de los «Santuarios de la Naturaleza», entendiéndose que dicha contaminación sería una forma de «causar un perjuicio» a tales «Monumentos Naturales[28].

4. *Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la flora y fauna silvestres*

A este respecto, nuestra Ley es, sin duda, más pródiga y cumple de mejor manera las prescripciones del Derecho Internacional, pues no sólo se castiga la propagación sin permiso de la autoridad de enfermedades o plagas animales (artículo 289 del Código penal); sino también la «propagación indebida» de cualquier organismo, producto, elemento o agente químico, viral, bacteriológico, radiactivo o de cualquier otro orden que por su naturaleza sea susceptible de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población. En estas figuras es donde mejor aparece recogida la idea del castigo a la emisión indebida de un contaminante, en los términos del artículo 2.º de la Ley N.º 19.300 («todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental»), pero únicamente referida a aquélla que pone en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población (de productos animales o vegetales, se entiende). Sin embargo, la falta de una clara identificación de los deberes jurídicos que se infringirían para cometer el delito, hacen de muy difícil aplicación práctica la fórmula utilizada por el legislador; ello, sin contar con la dificultad adicional de probar la propagación de tales sustancias y, sobre

---

[28] También podrían entenderse como parte de la dispersa legislación protectora de *los espacios naturales especialmente protegido,* las normas de la Ley de Bosques, que se citan en el siguiente apartado. Cfr., con detalle, CASTILLO, M., *Régimen jurídico de protección del medio ambiente,* 2.ª ed., Santiago, 1994.

todo, su capacidad (una vez propagadas) para poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población.

Por otro lado, la fauna silvestre rara, protegida o en peligro de extinción encuentra una decidida protección penal, integrando al derecho nacional las obligaciones contraídas en el tratado CITES, en los artículos 30 y 31 de la Ley de Caza, recientemente reformada íntegramente, donde se prohibe la caza, captura y tráfico ilícito de tales especies. La Ley General de Pesca también ofrece una importante protección penal a las especies hidrobiológicas, castigando la pesca con artes prohibidos (artículo 135), la introducción ilegal de especies hidrobiológicas de carnadas no autorizadas (artículo 137), así como el procesamiento, elaboración o transformación de recursos hidrobiológicos vedados (artículo 139), disposición esta última de gran importancia como modelo de regulación, pues no sólo establece sanciones para personas jurídicas, sino que, además, hace directamente responsables de la falta que contiene a los gerentes o administradores de la industria donde se ella comete.

Finalmente, y en cuanto a la protección de la flora, nuestra Ley se limita a un castigo genérico, a título de incendio, de la destrucción por esta vía de bosques, mieses, plantíos y montes, siempre que el delito se cometa dolosamente (artículo 476 N.º 3 del Código penal), y culposamente, sólo en los casos de roza a fuego con infracción de reglamentos (artículos 18 y 22 de la Ley de Bosques). Lamentablemente, los Reglamentos a que se refieren estas últimas disposiciones no han sido dictados. La misma Ley de Bosques contempla en su artículo 21 el delito de corte y tala ilegal de bosques y arbustos nativos; sin embargo, las limitaciones que se establecen para ese corte o tala están vinculadas más bien al aseguramiento de la mantención de los suelos y manantiales que a la protección de la masa arbórea, y siempre se permite solicitar al Servicio Agrícola y Ganadero una autorización para dicha tala o corte, con lo que la prohibición puede terminar siendo ilusoria.

5. *Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva*

Este es otro aspecto de nuestra legislación en la materia que puede considerarse suficientemente regulado, atendido que, por una parte, la Ley de Seguridad Nuclear, N.º 18.302, castiga penalmente la realización sin autorización de actividades relativas a la energía y materiales

nucleares (artículo 45); la causación dolosa o culposa de un «daño nuclear» (artículo 47); el peligro que para el ambiente importa el daño, ataque o sabotaje de instalaciones nucleares (artículo 41); el robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de materiales radioactivos (artículo 41, inc. 1.º); el dar ocasión negligentemente al robo, hurto, sustracción o apropiación de dichos materiales (artículo 43 inc. 2.º); y la amenaza *condicional de causar un daño nuclear (artículo 46).* Y *por otra, La Ley* N.º 17.798 sobre Control de Armas, prohíbe absolutamente la posesión de armas especiales, esto es, «las químicas, biológicas y nucleares» (artículo 3.º inc. 4), castigando con severas penas su porte y posesión (artículos 13.º y 14.º)—sin ofrecer siquiera un régimen de permisos sobre ellas, como en el caso de las armas de fuego comunes—.

En resumen, a pesar de la no despreciable cantidad de las normas penales reseñadas (y de la relativa importancia de cada una de ellas), su carácter asistemático y de indirecta relación con el medio ambiente y sus componentes, deriva a la postre en su insuficiencia para proteger adecuadamente dichos intereses, como veremos a continuación.

V. LA INSUFICIENCIA DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN PENAL AMBIENTAL CHILENA PARA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA INSTITUCIONALIDAD MEDIOAMBIENTAL

1.Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes, para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia

Revisado el actual estado de la legislación nacional relativa a la protección penal del medio ambiente, la primera conclusión que de ello resulta, la obvia inexistencia de una protección penal específicamente dirigida al medio ambiente o sus elementos, deja en entredicho el nivel de cumplimiento de las sugerencias que en esta materia se han realizado en el plano del Derecho Internacional. Pero también en particular, respecto de las materias en que específicamente los tratados suscritos por Chile imponen el establecimiento de delitos ambientales en la legislación nacional, una revisión del panorama legislativo nacional nos muestra serias insuficiencias, que es deber del Estado suplir.

En efecto, atendiendo el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales, podemos constatar lo siguiente:

a) Que existe un pleno grado de cumplimiento respecto de la obligación de proteger penalmente el ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva, mediante las figuras penales contempladas en las leyes 18.314, Sobre Control de Armas, y 18.302, sobre Seguridad Nuclear;

b) Que similar grado de cumplimiento parece existir respecto de la protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre, a través de las disposiciones citadas en el apartado anterior contempladas en el Código penal, en la Ley General de Pesca y en la Ley de Caza; y

c) Que, en cambio, no existe una protección penal específica, en los términos a que obligan los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, por no existir tipos penales específicos, o porque los existentes no ofrecen un adecuado grado de protección en los términos de los tratados o convenciones, respecto de la protección penal del medio ambiente antártico (no existe legislación específica en la materia, y sólo podría aplicarse a su respecto el artículo 136 de la Ley General de Pesca, en cuanto se refiere a la contaminación de las aguas, pero con las importantes dificultades antes señaladas); del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos (un Proyecto de Ley que regulaba la materia —Boletín 150/11— fue archivado recientemente en esta Cámara); y de las aguas, particularmente de las marinas (El D.L. 2.222, Ley de Navegación, entrega el control de la contaminación por hidrocarburos previsto en el Tratado MARPOL a la Dirección del Territorio Marítimo, estableciendo un régimen de sanciones administrativas solamente; mientras el artículo 136 de la Ley General de Pesca presenta serias dificultades de aplicación, como ya se explicó).

2. *Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental*

Salvo las disposiciones de difícil aplicación práctica relativas a la contaminación de aguas con venenos o productos infecciosos (artículo 315 del Código penal) y de la introducción en ella de agentes contaminantes «que causen daño a los recursos hidrobiológicos» (artículo 136 de

la Ley General de Pesca), no existen en nuestro ordenamiento jurídico normas que, como las previstas en el derecho comparado, castiguen la grave contaminación (tanto dolosa como negligente) de los aires, las aguas y el suelo, ni tampoco los hechos que producen serios riesgos de contaminación, como los relativos al tráfico ilícito de desperdicios y sustancias altamente peligrosas para el medio ambiente y aún la salud de las personas, originados tanto en el abuso de los permisos obtenidos mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como en la codicia o maldad humana, o incluso en la negligencia de quienes, realizando actividades o proyectos peligrosos para el medio ambiente, no ponen el debido cuidado que ello exige para impedir derrames de fluidos o sustancias que podrían dañar gravemente el medio ambiente y la vida y salud humana, animal y vegetal.

Sin embargo, también es cierto que resulta muy difícil la configuración de delitos de grave contaminación ambiental, tomando en cuenta la inexistencia actual de Normas de Emisión para todos los contaminantes[29]; la utilización de las existentes como instrumentos de gestión

---

[29] Actualmente se han dictado sólo las siguientes Normas de Emisión:
a) Respecto de contaminantes en el aire, por fuentes móviles: D.S. N.º 104 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), Norma de emisión para motocicletas; Decreto N.º 130 de 2002 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Subsecretaria de Transportes), Normas de emisión de Co, Hct, Hcnm, Ch4, Nox y material particulado para motores de buses de locomoción colectiva de la ciudad de Santiago; Decreto N.º 103 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Medio Ambiente), Norma la emisión de hidrocarburos no mecánicos para vehículos livianos y medianos; D.S. N.º 4 de 1994 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), Normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados;
b) Respecto de la contaminación del aire por otras fuentes: D.S. N.º 167 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para olores molestos; D.S. N.º 165 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire.
c) Respecto de la emisión de contaminantes en las aguas: D.S. N.º 90 de 2000 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; y D.S. 46 de 2002 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.
d) Respecto de la emisión de contaminación lumínica en las II, III y IV Regiones: D.S. N.º 686 de 1998 (Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción), Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica;

ambiental, que permiten el gradual acercamiento de las fuentes a los límites que se fijan para cada una de ellas; y sobre todo, el carácter de dichas Normas de Emisión, cuyos límites máximos toman en cuenta objetivos relacionados con Normas de Calidad Ambiental, lo que supone considerar el efecto acumulativo de ciertas emisiones en determinados ámbitos territoriales, que por lo mismo, no permite tomarlas en general como indicadores de la gravedad intrínseca de la emisión de contaminantes en cada fuente, individualmente considerada.

3. *Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*

Asumiendo que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previsto por la Ley N.º 19.300 ha de constituir la base de la gestión ambiental nacional, si fijamos la atención en la necesaria protección que debiera dispensarse al adecuado funcionamiento de la administración ambiental —como se dispensa por la vía penal en el sistema norteamericano—, para evitar su burla y descrédito consecuente (junto con los peligros o daños ambientales que de ello derivan), podemos hacer notar ciertas insuficiencias graves en la legislación ambiental, que no se encuentran en otros ámbitos de actividades especialmente reguladas.

Así, mientras en nuestra legislación se sanciona con las penas del perjurio a quienes presentan declaraciones juradas falsas para la realización de determinados trámites o la obtención de ciertas prestaciones[30], quien presenta ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambien-

---

e) Respecto de la contaminación por ruidos molestos: D.S. N.º 146 de 1997 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas.

30 Ver al respecto: artículo 29 DL 1.305/1976 que reestructura y regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; artículo 17 DL 1.939/1977; artículo 1.º Ley 18.270, Establece Normas Para El Otorgamiento De Títulos Gratuitos De Dominio Sobre Tierras Fiscales Rurales En La XI Región; artículo 11 inc. 4.º y 18 inc. 3.º. Ley 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; artículo 12 inc. 4.º y 17 inc. 3.º. Ley 18.834, Estatuto Administrativo; artículo 6.º Ley 19.360; artículo 18 Ley 18.603, Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos; artículo 16 DL 539/1974, Establece Normas Sobre Reajustabilidad Y Pago De Dividendos De Deudas Habitacionales.

tal una declaración jurada falsa sobre el Impacto Ambiental de su actividad o proyecto no está sujeto a ninguna sanción específica.

Lo mismo sucede con la presentación de antecedentes falsos o la omisión de otros verdaderos al presentar los correspondientes a un Estudio de Impacto Ambiental, cuya falsedad u omisión no tienen una sanción penal, mientras que sí la tendrían si se tratase de antecedentes a presentar con relación a la mayor parte de las actividades sujetas al control estatal por medio de Superintendencias u otros organismos de la Administración[31].

Tampoco existen específicas sanciones que castiguen a quienes —como lo hace el artículo 327 del Código penal respecto de los peritos judiciales y otros funcionarios auxiliares de la justicia que emiten informes falsos—, en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, emitan, a favor de terceros interesados, informes falsos o incompletos que influyan en la decisión de la Comisión respectiva o que, interviniendo de cualquier manera en el proceso oculten o adulteren información que deba tomar en cuenta el órgano resolutivo competente.

Por otra parte, una decidida protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental resultaría insuficiente y hasta inequitativa para quienes se someten a dicho sistema, si no se establecieran importantes estímulos coercitivos para quienes, debiendo someter sus actividades o proyectos a la aprobación de las Comisiones pertinentes, simplemente

---

[31] Ver al respecto: artículo 70 Ley 16.741, Establece Normas Para Saneamiento De Los Títulos De Dominio y Urbanización de Poblaciones en Situación Irregular; artículo 1.º Ley 19.083, Establece Normas Sobre Reprogramación De Deudas Del Crédito Fiscal Universitario; artículo 6.º Ley 19.287, Modifica Ley 18.591 y Establece Normas Sobre Fondos Solidarios de Crédito Universitario; artículo 50 Ley 19.162, Establece Sistema Obligatorio de Clasificación de Ganado; artículo 37, inc. 2.º Ley 18.168 General De Telecomunicaciones; artículo 50 Ley 18.933, Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Provisional; artículo 49 DFL 251/1931, Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas Y Bolsas De Comercio; artículo 59, letras a) y f) Ley 18.045, Sobre Mercado de Valores; artículo 49 Ley 18.876, Establece el Marco Legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia De Valores; artículo 59 Ley 18.840 Orgánica Constitucional Del Banco Central De Chile; artículo 19 bis Ley 18.902, Crea Superintendencia de Servicios Sanitarios; 158 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; artículo 8 DFL 15/1991 (Vivienda), Establece Normas Sobre Deudores Habitacionales Ley 19.003; artículo 3.º, ley 19.353, Condona deudas que indica derivadas del proceso de Reforma Agraria.

pretenden «ahorrarse» el gasto asociado a dicha Evaluación, y sin más se ponen fuera de la regulación ambiental, desarrollando sus actividades o proyectos fuera de toda legalidad, tal como sucede actualmente con la instalación de vertederos de residuos sólidos clandestinos[32]. Así, resulta necesaria, junto con la protección en el orden penal del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la sanción también penal —que vaya más allá de la inaplicada y modesta pena de falta prevista en el artículo 495 N.º 9 para el que «abriere establecimientos sin licencia de la autoridad, cuando sea necesaria»— de quienes burlan derechamente dicho sistema, emprendiendo proyectos o actividades sin someterse a la Evaluación Ambiental, cuando ello es obligatorio, tal como hoy se castiga penalmente el desarrollo de ciertas actividades que, requiriendo un especial reconocimiento del Estado o el cumplimiento de ciertos requisitos legales, no lo tienen, como sucede con las Universidades, la actividad Bancaria y de Seguros, etc.[33].

---

[32] Materia que por su gravedad ha concitado la atención de los Honorables Srs. Diputados patrocinantes de las mociones sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12) y sobre el que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12).

[33] Ver al respecto: artículo 3 DL 3.631/1981, Fija Normas sobre Universidades; artículo 25 D.L. 3.500/1980, establece Sistema de Pensiones; artículo 60 letras a), b) y c) Ley 18.045, sobre Mercado de Valores; artículo 46 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 48 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 51 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 39 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; artículo 23, incs. 1.º a 3.º Ley 18.933, Crea La Superintendencia De Instituciones De Salud Provisional; artículo 38 Ley 19.220, Regula Establecimientos De Bolsas De Productos Agropecuarios; artículo 8.º inc. 1.º Ley 19.491 Regula Funcionamiento De Administradoras De Recursos Financieros De Terceros Destinados A La Adquisición De Bienes; artículo 76 Ley 19.518, Fija Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo; artículo 30, incs. 5.º a 7.º Ley 19.728, Establece Un Seguro De Desempleo; artículo 36 B, letra a), Ley 18.168 General De Telecomunicaciones; artículo 63 Ley 18.045, Sobre Mercado de Valores; artículo 205 Ley 18.290; artículo 23, incs. 1.º y 2.º, Ley 18.118 Legisla Sobre El Ejercicio De La Actividad De Martillero Público; y artículo 495 N.º 9 Cp.

VI. LA INSUFICIENCIA DE LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS EN LA MATERIA. RESEÑA Y ANÁLISIS CRÍTICO

Las más importantes Proyectos de Ley presentados en el parlamento hasta ahora y —que se encuentran en actual tramitación—[34], referidos al establecimiento de una sanción penal para quienes dañan o ponen en grave peligro el medio ambiente o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se contienen en la Moción parlamentaria Sobre un proyecto de ley que Tipifica el Delito Medioambiental (Boletín 2177-12)[35]; y la Moción de Sobre un Proyecto de Ley que Establece Penalidades a los Vertederos Clandestinos (Boletín 2401-12)[36], respectivamente[37].

1. El proyecto de Ley que Tipifica el Delito Ambiental (Boletín 2177-12)

Este Proyecto de Ley se fundamenta, según la moción que le dio origen[38], en la constatación de que «el proceso de deterioro de nuestro

---

[34] Lamentablemente, en la sesión 7.ª de la 347.ª Legislatura ordinaria (13.06.2002 la importante, aunque insuficiente, moción sobre un proyecto de ley que prohibía el *ingreso al territorio nacional* de desechos provenientes de terceros países (boletín N.º 150-11), fue archivada por la Cámara de Diputados en su tercer trámite constitucional, a sugerencia de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, donde es esgrimió que dichas conductas ya se encontraban reguladas en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, lo que si bien es cierto en cuanto *obligación internacional* (ver *Supra* II), no lo es si la Cámara creyó que bastaría con la aprobación de dicha Convención para modificar la ley nacional y establecer delitos y penas, pues no son las Convenciones Internacionales fuentes del derecho penal interno, mucho menos cuando en ellas se establece la obligación de legislar, naturalmente, una vez que se haya aprobado el Convenio que obliga en ese sentido.

[35] Patrocinada por los Diputados Srs. A. PÉREZ, J. BUSTOS, LUKSIC, ELGUETA, SÁNCHEZ, ENCINA, OJEDA, J. PÉREZ, MORA y RINCÓN.

[36] Patrocinada por los Diputados Srs. G. ALESSANDRI, R. DELMASTRO, R. ARRATIA, A. NAVARRO, M. ACUÑA y L. SÁNCHEZ.

[37] Además de las mociones citadas arriba en el texto, con especial incidencia en la penalización de conductas que afectan al medio ambiente, se encuentran en tramitación las mociones sobre el Proyecto que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12), y un número importante de mociones sobre protección del medio ambiente desde diferentes puntos de vista (Boletines 2725-12, 2992-12, 2238-12, 2703-12, entre otros).

[38] Moción agregada a la cuenta de la Sesión 2.ª De la Legislatura 338, de 3 de junio de 1998.

medio ambiente constituye una realidad alarmante, que no muestra señales de detenerse o, al menos, de ir en un retroceso continuo que permitiera anticipar un futuro en el que fuera una realidad la garantía contemplada en el artículo 19 N.º 8.º de nuestra Constitución Política del Estado, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación»; y de que «la necesidad de recurrir a normas penales protectoras de éste se debe a que la experiencia está cada día probando que la legislación civil y administrativa por sí sola ha demostrado ser muy ineficaz en su fuerza preventiva y protectora del medio ambiente», pues «la denominada «delincuencia ambiental» por las Naciones Unidas ha sabido sobrepasar sin problemas los obstáculos que tales leyes han impuesto». A esta constatación se agrega que «en nuestra Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente se mantienen los principios clásicos de responsabilidad subjetiva civil en materia del daño al medio ambiente», y que, por tanto, «existe un gran vacío, pues esta ley apunta a la responsabilidad civil por el daño ambiental, pero no se tipifica el delito ecológico contra el medio ambiente como lo hacen otras leyes marco internacionales sobre el medio ambiente».

Su texto contiene cuatro artículos, en el primero de los cuales se pretende tipificar el delito ambiental como una contravención grave a las normas de emisión y de calidad ambiental, y establecer las penas correspondientes, incluyendo entre ellas la clausura e intervención del establecimiento[39]; mientras en el segundo y el tercero se establecen las agravaciones por muerte o afección irreversible a la salud de las

---

[39] **Artículo 1.º** El que contraviniendo gravemente las normas primarias de calidad ambiental que establecen los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si la contravención de las normas constituye un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si dichas violaciones se producen por negligencia grave, la pena se rebajará en un grado.

En caso de reincidencia, las penas anteriormente señaladas se aumentarán en un grado.

En los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo además el Tribunal disponer la intervención de la empresa, para resguardar los derechos de los trabajadores.

personas y destrucción irreversible del medio ambiente[40]; y en el cuarto, la aclaración de que estas sanciones son independientes de las civiles y administrativas que correspondan[41].

En su primer trámite constitucional, el proyecto se ha discutido en la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara, donde se recibieron numerosas observaciones críticas, sin que hasta el momento se haya dado cuenta del Informe de dicha Comisión ante la Cámara de Diputados.

La primera observación importante que puede hacerse a este Proyecto, es que el delito ambiental que se pretende tipificar en el proyecto reseñado, parece reducirse únicamente a la sanción de ciertos supuestos de grave contaminación ambiental, dejando fuera de su alcance la protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que resulta, por sí solo, insuficiente para la adecuada protección del medio ambiente, conforme las obligaciones internacionales contraídas y la experiencia del derecho comparado.

Además, como se puso de relieve en la discusión habida en el seno de la Comisión, el Proyecto parece adolecer de serias deficiencias técnicas, producto sin duda de las premuras legislativas más que de otra cosa. Así, entre los invitados a las discusiones, hubo acuerdo en que no es posible castigar la infracción de *normas de calidad ambiental*, pues éstas no permiten ser «infringidas», en términos de su sobrepasamiento por una fuente individual, porque ellas definen únicamente concentraciones máximas de contaminantes en territorios y épocas determinadas, por lo que únicamente podría hacerse una referencia a las normas de emisión, que sí tienen relación con fuentes individuales de contaminantes[42]. Pero

---

40 **Artículo 2.º** Si como consecuencia de las conductas penales descritas en el artículo anterior, se produjera, por imprudencia grave, la muerte de una persona o una afección irreversible en su salud, la pena aplicable será la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.
Artículo 3.º Si como consecuencia de la contravención de las normas de calidad ambiental, la destrucción del medio ambiente es irrecuperable, la pena prescrita en el artículo 1.º será de presidio menor en su grado medio a máximo.

41 **Artículo 4.º** Las penas contempladas en la presente ley se impondrán sin perjuicio de otras sanciones y reparaciones que contemple la legislación vigente para las conductas descritas en los artículos anteriores.

42 En este sentido se pronunciaron los Srs. Á. SAPAG (Director Jurídico de CONAMA), M. CASTILLO (experto invitado), y C. OSORIO (Abogado del Instituto de Libertad y Desarrollo), según consta en el Borrador del Informe de la Comisión, que no ha sido ingresado todavía a la cuenta de la Cámara.

aún en ese caso se puso de manifiesto que la sola infracción a las normas de emisión, cronogramas de reducción de emisiones, paralización o restricciones referidas a situaciones especiales de emergencia ambiental, se encuentra sancionada hoy en día en el artículo 56 de la Ley 19.300, concluyendo que para «que el tipo penal propuesto sea una norma eficaz y eficiente requiere de ser adecuado a la normativa ambiental vigente»[43]. También se destacó que técnicamente el proyecto carecía de una descripción más o menos precisa de la conducta punible, pues si se saca la oración que continua *a posteriori* de la frase «normas primarias de calidad ambiental», se llega a la siguiente redacción: «El que contraviniendo gravemente normas primarias de calidad ambiental será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo»[44]. También se señaló que el proyecto, a pesar de contener sanciones para las personas jurídicas en su artículo 1.º[45], no parecía hacerse cargo cabalmente del problema de en qué casos dichas personas jurídicas serían sancionables, teniendo en cuenta que, conforme a nuestro sistema punitivo, en materia penal las personas jurídicas no responden criminalmente, sino sólo sus administradores[46]. Finalmente, se echó en falta la carencia de mecanismos normativos que incentivaran la reparación del daño ambiental causado[47].

2. *El Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12)*

Este Proyecto se encuentra algo más avanzado en su tramitación que el anterior, pues ya se ha dado cuenta ante la Cámara del correspondiente Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35.ª de la 342 Legislatura, 6.09.2000).

Como se señala en la Moción origen del Proyecto, éste se fundamenta en que actualmente «las sanciones administrativas vigentes no resultan suficientes para disuadir a los que contravienen las normas sanitarias que regulan la puesta en marcha, operación o explotación de los vertederos

---

43 En este sentido se pronunciaron los Srs. Á. SAPAG (Director Jurídico de CONAMA) y el Diputado Sr. J. BUSTOS.

44 En este sentido se pronunció el Sr. M. CASTILLO.

45 Ver nota N.º 39.

46 En este sentido se pronunciaron los Srs. CASTILLO y OSORIO.

47 En este sentido se pronunciaron el Sr. OSORIO y el Diputado Sr. BUSTOS.

o rellenos sanitarios»[48], pues las multas contempladas en el artículo 174 del Código Sanitario (de una a 1.000 UTM), no han sido obstáculo para «la operación de vertederos o rellenos sanitarios ilegales» que «pone[n] en riesgo la salud de la población y el medio ambiente, especialmente en las grandes ciudades», ni mucho menos para frenar «la existencia de verdaderas asociaciones *ilícitas que operan como mafias*, en sitios eriazos, abandonados o fuera de los límites de la ciudad, recibiendo todo tipo de basuras y desechos, sin ningún control por parte de las autoridades»[49].

El Proyecto propone la introducción de un artículo único en el Libro II, Título VI, Párrafo 14 «Crímenes y simples delitos contra la salud pública», del Código Penal, ocupando el lugar del artículo 319 a), que fuera derogado por la ley N.º 17.934, que crea una figura penal que sanciona a quien mantuviere, administrare, operare o explotare vertederos, depósitos de basura o rellenos sanitarios ilegales; y también a quien transporte, conduzca, traslade o deposite basuras, desechos o residuos en lugares clandestinos; a gravándose las penas cuando las basuras o residuos fueren tóxicos, peligrosos, infecciosos, corrosivos,

---

48 En el Informe de la Comisión se citan, en este mismo sentido, además, las opiniones de M. ZSANTÓ, docente de la Universidad Católica de Valparaíso.

49 En el Informe de la Comisión, concordando con lo señalado en la Moción, se agrega la siguiente información que avala lo dicho arriba en el texto: «De acuerdo con información publicada por el diario *El Mercurio*, de fecha 25 de junio, el valor por camionada de residuos alcanza la suma de $ 4.000. Es decir, por menos de $ 30.000 una persona resuelve su problema de residuos sólidos. En cambio, si las mismas 10 toneladas son depositadas en un vertedero autorizado, la suma se eleva a $ 46.600, sólo por dejarlos. La estimación publicada considera que la tonelada entregada a un depósito ilegal tiene un valor de entre $ 1.800 y $ 2.000 la tonelada, lo que explicaría la proliferación de los vertederos ilegales.» Además, según la información entregada a la Comisión por J.C. GODOY, entonces Presidente de Emeres, en 1994 existían en Santiago En 1994, la Región Metropolitana contaba con 101 vertidos indiscriminados de residuos sólidos en lugares no autorizados, de los cuales 78 se situaban en el área urbana y 23 en zonas rurales, con una superficie afectada de 713 hectáreas, ocupando los residuos 10 millones de metros cúbicos. Por su parte, el Doctor J. CONCHA, Director del Servicio Metropolitano del Ambiente, informó que aunque en la prensa ha contabilizado 101 vertederos, pero en la práctica «el catastro que tiene Sesma y los que han sido objeto de sumarios, alcanzan a diecinueve», y que «las multas que al respecto establece el Código Sanitario, pueden aumentarse o duplicarse hasta el infinito, pero en la práctica no se cumplen, aun cuando también se puede decretar la clausura».

combustibles, inflamables o pusieren en grave peligro la salud de la población o el medio ambiente[50].

Sin entrar en los detalles técnicos del Proyecto, es claro que, si bien se mira, en él se está sancionando principalmente la infracción a la obligación que establece el 10, letra O), de la Ley N.º 19.300, Ley de Bases del Medio Ambiente, que obliga a someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los proyectos de saneamiento ambiental, tales como plantas de tratamiento de residuos sólidos, de origen domiciliario, rellenos sanitarios, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales.

De allí que, aunque nada parece aconsejar dejar de castigar penalmente esta burla al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ello parece muy insuficiente en orden a una protección moderna y adecuada a los requerimientos de la comunidad internacional y las experiencias del derecho comparado, pues la pregunta que surge inmediatamente es si no sería preferible una disposición que abarcara en general la infracción al deber impuesto por la Ley 19.300, de someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todas las actividades que señala en la sus artículos 10 y 11, incluyendo naturalmente la actividad a que se refiere el proyecto, pero sin excluir las restantes actividades que allí se enumeran (letras a) a q) del artículo 10), precisamente por el impacto negativo que ellas producen o pueden producir en el medio ambiente[51].

---

50 El Proyecto quedó como sigue, después de su discusión en la Comisión:
«Artículo Único. Intercálase un nuevo artículo 319 al Código Penal.
Artículo 319. El que mantuviere, administrare, operare o explotare vertederos, depósitos de basura o rellenos sanitarios ilegales, será sancionado con presidio menor en su grados mínimo a medio.
En la misma sanción, incurrirán el que transporte, manipule, conduzca, traslade o deposite basuras, desechos o residuos en dichos lugares.
Si las basuras, residuos o desechos fueren tóxicos, peligrosos, infecciosos, corrosivos, combustibles, inflamables o pusieren en grave riesgo la salud de la población o el medio ambiente, la pena podrá elevarse en uno o dos grados.»

51 En un sentido similar se manifestó ante la Comisión el Sr. E. CORREA, representante de CONAMA Región Metropolitana, pues aunque rechazó en particular el texto el Proyecto, pues entiende más eficaces otras vías de protección diferentes a la penal, afirmó que si se seguía esta última, sería preferible «pensar en la creación de otras figuras penales, como pudieran ser la contaminación de aguas, vertimiento de contaminantes atmosféricos o incluso la creación de un delito ecológico». También opinó en contra del Proyecto el Dr. CONCHA, Director del SESMA Metropolitano, a pesar de reconocer la ineficacia de las sanciones administrativas que muchas veces

Estas insuficiencias del Proyecto, parecen haber hecho fuerza en la Sala de la Cámara al momento de su votación, pues no se aceptó su tramitación como Proyecto de Fácil Despacho, quedando hasta la fecha a la espera de ser puesto en la Tabla ordinaria (Sesión 37.ª de la 342 Legislatura, 12.09.2000)[52].

VII. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UN NUEVO DERECHO PENAL AMBIENTAL CHILENO. IDEAS MATRICES DEL PROYECTO QUE SE PROPONE

1. La necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno

La preocupación por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas de las actuales y futuras generaciones representan

---

no pueden siquiera notificarse o se dirigen a personas distintas de los operadores de los vertederos clandestinos. Sin embargo, es importante destacar el apoyo de los representantes de Hidronor, Srs. P. SERVANTI y J. J. IRURETA, a la idea de imponer sanciones ejemplificadoras en esta materia, como un mecanismo de protección de las cuantiosas inversiones que realizan los operadores de vertederos legales.

52 El parecer de la Sala se refleja en la opinión expresada por el Diputado V. PÉREZ, quien solicitando se estudie más detenidamente la materias, fundamenta esta petición con la pregunta acerca de «si el proyecto en discusión resuelve el problema [de los basurales clandestinos]», pues, en consonancia con la opinión del diputado NAVARRO, afirma «que aquí estamos atacando sólo una parte —me temo que muy pequeña— de las dificultades ocasionadas por los basurales clandestinos, mediante el establecimiento de una figura penal: a quien tenga un vertedero o traslade basura se le aplicará una determinada sanción». Añade que la figura propuesta, por una parte, deja fuera situaciones como la autorización indebida de los mismos (cita el ejemplo del basural en la comuna de Cabrero, autorizado por el servicio de Salud de esa provincia, pero no por la Comisión Regional del Medio Ambiente); y por otra, como señaló también el Diputado E. SILVA, la figura penal, afecta del mismo modo al propietario del predio en el que se deposita basura, a los dueños de los camiones que transportan residuos en forma ilegal, y a las personas naturales que depositan una bolsa, un cajón o cualquier desecho en un vertedero ilegal, por lo que «al no existir una graduación, es decir, al no haber distintas penas, ocurrirá lo que siempre sucede en nuestros tribunales de justicia: los jueces evitarán aplicar sanciones, porque éstas pueden resultar desproporcionadas»; y además, no señala una autoridad encargada de la acción penal en estos casos, pues «se sabe que cuando todos pueden iniciar una acción penal, al final nadie lo hace, porque no entregamos a una autoridad la facultad de representar a la comunidad».

ciertas actividades de gran potencial contaminador propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental[53], la ya decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional, justifican con creces las iniciativas parlamentarias que, desde diferentes puntos de vista, han propuesto establecer sanciones propiamente penales a quienes realizan hechos que podemos caracterizar como de grave contaminación ambiental (o peligro de la misma), como es el caso de las recién analizadas moción sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); o de burla del Sistema de Evaluación Ambiental, como en el caso particular la también ya revisada moción sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12)[54]. Sin embargo, como acabamos de demostrar, dichas iniciativas son, también, insuficientes para una adecuada y moderna protección, en sede penal, del medio ambiente.

Los problemas normativos en esta materia no parecen, por tanto, referidos a la discusión acerca del «si» de la protección penal del medio ambiente, sino más bien a la pregunta respecto del «cómo» ha de establecerse esta regulación, en un sistema de derecho penal heredero en cierta medida del espíritu de la ilustración liberal[55], y que necesaria-

---

53 Cfr. al respecto, LIZAUR, ob. cit., pp. 41 ss., quien reseña además los condicionamientos propios del sistema de la Unión Europea, que hacen inevitable esta clase de regulación. Un buen ejemplo de estos condicionamientos de Derecho Internacional lo constituye la iniciativa de la Comisión Europea que, siguiendo las indicaciones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, ha propuesto el 13 de marzo de 2001 al Parlamento Europeo la dictación de una *Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal* (COM (2001) 139. Final), con la justificación, entre otras, de que «la experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el Derecho comunitario», que exige «garantizar un nivel de protección elevado del medio ambiente» (artículo 174.2 CE).

54 Ver nota al pie N.º 26.

55 En este mismo sentido, Cfr. CARVALHO, I. L. DE: «Direito penal mínimo, eximentes e dirimentes nos crimes ambientais», *Enfoque Jurídico*, JAN/FEV 97, pp. 16 s. En Chile, el reclamo doctrinal en este sentido lo podemos encontrar ya desde el año 1993, en el artículo de SHARP, P., «La necesidad de un derecho penal ecológico», *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, julio-diciembre de 1993, pp. 86 ss.

mente debe contar con la existencia paralela de un sistema de derecho administrativo que, como el nuestro, se fundamenta en la idea de la gestión ambiental.

Sin embargo, una legislación penal ambiental moderna no sólo debe asumir el desafío de adecuar su estructura al sistema administrativo de protección ambiental, sino además sortear las críticas y dificultades que otras legislaciones en la materia han padecido, concentradas sobre todo en los delitos que castigan la contaminación, pues como ya vimos, en cuanto a los que se refieren a la protección de la administración (declaraciones falsas, emprender actividades sin autorización, etc.), existe en Chile una larga tradición normativa que jamás ha sido objeto de críticas como las vertidas contra los «modernos» delitos ecológicos.

Así, en cuanto a la supuesta indeterminación que tendría un derecho penal ambiental vinculado a los conceptos del derecho administrativo, desde luego, dicha indeterminación no se produce cuando la remisión se hace a conceptos claramente definidos en las leyes, como «Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental», «fuentes de emisión», «biodiversidad», etc. (artículo 2.º Ley 19.300), técnica de frecuente uso en el derecho penal vigente (así, el N.º 1 del artículo 470 no sólo se refiere a contratos civiles —depósito, consignación, etc.—, sino que incluso somete su prueba a las reglas del Derecho civil). Pero tampoco se produce *per se*, cuando la remisión se hace a una norma de carácter reglamentario, pues tal como lo ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional (Causa Rol N.º 4), una ley penal en blanco no es contraria a la garantía del principio de legalidad, siempre que el núcleo esencial de la conducta punible se encuentre descrito en la ley, como sucede paradigmáticamente en la Ley 19.366, Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Tampoco parece de recibo, *a priori*, la crítica contra el establecimiento de delitos de peligro en esta materia, pues, en primer lugar, no está puesta en duda seriamente la constitucionalidad de los delitos de peligro, sino sólo su conveniencia. Y es un hecho que, tratándose de determinadas materias donde no resulta en absoluto conveniente esperar el resultado lesivo para su castigo penal, la vía adecuada es el establecimiento de delitos de peligro, tal como sucede con los delitos relativos a la salud pública, i.e. envenenamiento de aguas o diseminación de gérmenes patógenos de los (artículos 315 y 316 del Código penal), respecto de los cuales la producción de resultados lesivos para la vida o la salud de personas determinadas opera sólo como agravante de la figura de peligro básica.

También los problemas prácticos derivados de la prueba del peligro, sobre todo en la comprobación de si un suceso determinado puede calificarse o no de grave contaminación, pueden sortearse mediante la técnica de la ley penal en blanco, del mismo modo que actualmente la Ley 19.366 hace respecto de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas capaces de causar o no graves daños a la salud de las personas: mediante la determinación precisa, por un reglamento destinado exclusivamente al efecto, de las cantidades de emisiones o sustancias capaces de producir grave contaminación ambiental.

De esta manera, limitando el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación o peligro de ella, la ley se hace al mismo tiempo aprehensible para el ciudadano común e impide que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permitiría, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del Proyecto de ley que aquí proponemos.

Y ante la crítica de una cierta ineficacia del derecho penal ambiental para prevenir y castigar sucesos de gran contaminación[56], de entrada puede replicarse que lo mismo habría que criticar al Derecho Administrativo ambiental[57], y que, por tanto, ello no se opone seriamente a la «unánime opinión que considera imprescindible una protección penal

---

[56] Crítica que muy claramente expresó, en la discusión en el seno de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, sobre el proyecto de ley que tipifica el delito ambiental, el representante del Instituto Libertad y desarrollo, abogado C. OSORIO (Boletín 2177-12).

[57] Al respecto, es ilustrativa la ineficacia del SESMA en el control de los vertederos clandestinos, tal como su propio Director. Dr. CONCHA, lo reconoce, según recoge el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35.ª de la 342 Legislatura, 6.09.2000).

del medio ambiente más extensa y eficaz»[58]. Además, no deja de ser cierto que esas críticas, provienen en España de la defectuosa técnica legislativa que allí se emplea (la indeterminada remisión a las «normas generales reguladoras del medio ambiente»)[59], y en Alemania, de las orientaciones de los órganos de persecución, donde en la práctica, los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela[60] que contra los «grandes» agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias[61]. En este aspecto, es importante destacar la perspectiva pragmática de la experiencia norteamericana donde, junto con hacer hincapié en la protección penal del sistema administrativo de gestión ambiental mediante delitos formales de muy larga tradición jurídica (presentación de documentos falsos, etc.), para una adecuada persecución de los delitos de peligro de contaminación o de grave contaminación se han tomado seriamente en cuenta las necesidades logísticas que requiere un programa criminal ambiental exitoso, particularmente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados se han mostrado imprescindibles para la prueba del hecho punible.

2. *Ideas matrices del Proyecto que se propone*

–Bien jurídico protegido: El proyecto propone proteger penalmente el medio ambiente, entendido como «el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones» (artículo 2 letra ll) de la Ley 19.300); directamente, a través de los delitos dolosos y culposos de grave contaminación o peligro de la misma (Título I, artículos 1.º a 3.º); e indirectamente, a través de los delitos de realización

---

58 DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna* en el Código penal de 1995, Madrid, 1996.

59 En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA refiriéndose al anterior artículo 347 bis: «no se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiese buscado la más absoluta ineficacia» (RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO, *Derecho penal español, parte especial, 17.ª ed.*, Madrid, 1994, p. 1109).

60 CRAMER, ob. cit., p. 2178.

61 RANGIER, R., *Strafrecht, Besonderer Teil II, 2.ª ed.*, München, 1999, p. 306.

sin autorización de las actividades sujetas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, presentación de declaraciones juradas falsas o documentos falsos o incompletos y omisión de presentación de antecedentes imprescindibles en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, y evacuación de informes periciales u oficiales falsos o de autorizaciones indebidas en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (Título II, artículos 4.º a 7.º).

– **Modelo de regulación seguido:** Aunque sin duda produciría un efecto simbólico mayor la incorporación de los delitos ambientales propuestos al Código penal, la naturaleza de éstos, y particularmente de los que protegen el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, junto con la regulación especial que contiene respecto de la institucionalidad ambiental, hacen aconsejable, por el momento, seguir una línea semejante a la de la ley 19.366, esto es, algo parecido al modelo de regulación especial brasileño, pero centrado únicamente en los aspectos penales de la protección del medio ambiente, entendiendo que los administrativos se encuentran regulados sistemáticamente por la Ley 19.300.

– **Técnica legal empleada:** Respecto de los delitos de contaminación o peligro de grave contaminación, se emplea la técnica de la ley penal en blanco, en el sentido autorizado por el Tribunal Constitucional, con referencia a un Reglamento específico que debe dictarse en la materia —siguiendo el modelo de la Ley 19.366—, reglamento que no podrá contener límites máximos de emisión iguales o inferiores a los contemplados en las Normas de Emisión actualmente aplicables (Artículo 8.º del Proyecto). Se señala expresamente que las Normas de Emisión dictadas en conformidad con la Ley 19.300, así como la aprobación de proyectos o actividades sujetas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no podrán permitir que fuentes individuales emitan una cantidad superior de contaminantes a la fijada en dicho Reglamento, sin su conveniente neutralización o seguro almacenamiento (artículo 9.º del Proyecto). En cuanto a los delitos que castigan la burla del Sistema de Evaluación Ambiental, se utilizan propiamente elementos normativos del tipo, que hacen referencia a las obligaciones impuestas por la Ley N.º 19.300 (artículos 4.º a 7.º).

– **Delitos de resultado, de peligro y de mera actividad**: Los delitos que contempla el articulado propuesto atienden en su estructura al objeto de protección, de manera que no siguen una única línea en esta materia. Así, mientras los delitos de grave contaminación de los artículos 1.º y 2.º, por su naturaleza son delitos de resultado, se prevén no obstante reglas especiales para determinar cuándo se producen los

resultados que se pretenden evitar, vinculados a pruebas objetivas de cantidades de emisiones y de relación causal (artículos 11 y 12 del Proyecto), facilitando así la acción de los órganos encargados de hacer cumplir la ley. Lógicamente, también se prevé el castigo de la producción, transporte y almacenamiento no autorizado de ciertas sustancias contaminantes particularmente peligrosas para el medio ambiente, respecto de las cuales no resulta adecuado esperar que causen efectivamente un grave daño ambiental para ser punibles (artículo 3.º del proyecto). Aquí, como en muchos delitos contra la salud pública, se impone la necesidad de establecer una figura de peligro, cuyo ámbito de punibilidad se limita por la exigencia de que las sustancias y cantidades de las mismas deben estar fijadas previamente por el reglamento a que ya se ha aludido. Por otra parte, en los delitos relativos a la protección del Sistema de Evaluación Ambiental, se mantiene la técnica tradicional en esta clase de delitos vinculados a la protección de la administración, consistente en figuras de mera actividad realizadas tanto por particulares (ejecución no autorizada de proyectos o actividades sujetos a evaluación ambiental —artículo 4.º—; presentación de documentos falsos, etc. —artículo 7.º—), como por funcionarios públicos (aprobación o concesión indebida de permisos ambientales, etc. —artículo 6.º—).

– **Delitos dolosos y culposos:** Los delitos que establece el Proyecto de ley son, por regla general dolosos, permitiendo tanto la imputación a título de dolo directo como de dolo eventual, evitando utilizar expresiones como «maliciosamente» o «con conocimiento de causa» u otras similares que podrían llevar a interpretar la exclusión del castigo a título de dolo eventual. Sólo respecto del delito de grave contaminación se establece el correspondiente delito culposo, atendido que es posible apreciar un resultado materialmente constatable, y que en tales, casos, es precisamente la culpa por negligencia o infracción de reglamentos la que produce los «accidentes» ambientales de mayor magnitud (artículo 2.º del Proyecto).

– **Responsabilidad de los administradores:** El Proyecto, consciente de que la mayor parte de los delitos ambientales contemplados en él se cometen en el ámbito de una organización empresarial, y profundizando la senda iniciada por los artículos 136 y 139 de la Ley General de Pesca, pone en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente de emisión de contaminantes o que están obligados a someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sólo se permite la excepción de responsabilidad de los directivos a cargo, cuando

es posible demostrar su oposición a los hechos constitutivos de delito, acciones de sabotaje u otra intervención de tercero imposible de controlar por los mecanismos internos de la empresa (artículo 13 del Proyecto).

– **Responsabilidad de las personas jurídicas:** En este materia, el Proyecto no innova respecto de las reglas generales de nuestro ordenamiento, que hace responder a los representantes por los hechos punibles que se cometieren en el ámbito de la organización (artículo 39 del Código de Procedimiento Penal), pero establece un régimen paralelo de sanciones de carácter administrativo, aplicadas por el Tribunal que conoce del delito ambiental respectivo, consistente en fuertes multas, clausuras temporales o definitivas en caso de reincidencia, y la inscripción en un sistema de Registro público que ha de tomarse en cuenta a la hora de evaluar nuevos proyecto o actividades de la persona jurídica sancionada (artículo 14 del Proyecto).

– **Cuantía de las multas:** Siguiendo la tradición jurídica reflejada en el artículo 501 del Código penal, según la cual en las mismas materias las sanciones administrativas no pueden ser de mayor entidad que las penales, la cuantía de las multas que se establecen en el Proyecto propuesto son superiores a las que pueden imponerse por la Administración en materias ambientales. Así, el mínimo de multa que se impone en el Proyecto s de 1.000 UTM, para los hechos de menor gravedad, y el máximo es de 3.000 UTM; mientras el artículo 64 de la Ley N.º 19.300 establece multas de hasta 500 UTM, y de hasta 1.000 UTM el 174 del Código Sanitario, pudiendo conforme ambos cuerpos normativos aumentarse al doble en caso de reincidencia.

– **Modificaciones estructurales:** Se plantea la creación de un Comité Operativo al alero de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en conformidad al artículo 77 de la Ley 19.300, que, sin tener como función el ejercicio de la acción penal, colabore activamente en la investigación de los delitos contemplados en el Proyecto. Para lograr una adecuada coordinación con los organismos encargados de la persecución penal de los delitos de carácter ambiental, este Comité se integraría necesariamente con personas provenientes del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público. Además, se propone la integración a este Comité de profesionales provenientes de las Universidades del Estado, expertos en ciencias de la naturaleza y que cuenten con laboratorios para la realización de los análisis que sean pertinentes. Tanto a estos profesionales como a los de la Comisión Nacional del Medio Ambiente se les asigna el carácter de peritos, y a sus informes, el de documentos públicos, para los efectos de su incorporación a las causas

criminales que se sigan, bajo la responsabilidad que a todo perito sujeta el artículo 327 N.º 3.º del Código penal (artículo 16 del Proyecto).

Por lo mismo, especial importancia se asigna a la prueba pericial, estableciéndose presunciones simplemente legales que, tras la prueba de la emisión de contaminantes en el ambiente, permitan vincular causalmente a ella la producción del daño o peligro que le sigue, salvando de este modo las importantes dificultades habidas en la experiencia comparada respecto a esta prueba.

– **Vacancia legal:** Atendido que, siguiendo el modelo de la Ley 19.366, el artículo 8.º del Proyecto entrega a un reglamento específico la determinación precisa de las cantidades de contaminantes emitidos por una fuente individual capaces de producir un *grave daño ambiental* en el sentido de los artículos 1.º a 3.º del Proyecto, se propone la vacancia legal sólo del Título I del Proyecto de Ley, hasta sesenta días después de publicado en el Diario Oficial dicho reglamento. En cambio, las restantes disposiciones del Proyecto pueden aplicarse sin necesidad de esperar la regulación reglamentaria, pues se encuentran vinculadas a la protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido en la Ley 19.300.

En definitiva, se propone incluir en la discusión parlamentaria del actual proyecto de ley que tipifica el delito ambiental (Boletín N.º 2177-12), una indicación sustitutiva, que lo reemplace por el siguiente:

PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Título I
De los delitos de grave contaminación ambiental

Artículo 1. El responsable de una fuente emisora que produzca una grave pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 2.000 a 3.000 Unidades Tributarias Mensuales.

La pena será de presidio mayor en su grado mínimo y multa de 3.001 a 5.000 Unidades Tributarias Mensuales, si el grave daño ambiental a que se refiere el inciso anterior pusiere en serio peligro la vida o la salud de las personas.

Si de resultas del delito se causare efectivamente la muerte o lesiones graves de una o más personas, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de 5.001 a 7.000 Unidades Tributarias Mensuales; a menos que el delito se hubiere cometido con la intención de lesionar gravemente o causar la muerte de una o más personas determinadas, caso en el cual la pena será la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado y multa de 7.001 a 10.000 Unidades Tributarias Mensuales.

Artículo 2. El responsable de una fuente emisora que por negligencia o incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias causare un grave daño ambiental, en los

términos del artículo anterior, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de 2.001 a 3.000 Unidades Tributarias Mensuales. La pena corporal será de reclusión menor en su grado máximo si se pusiere en serio peligro la vida o la salud de las personas; y de reclusión mayor en su grado mínimo, si se causare efectivamente la muerte o lesiones graves de una o más personas.

Las mismas penas se impondrán a los que habiendo obtenido la aprobación del Estudio o aceptación de la Declaración de Impacto Ambiental de un proyecto o actividad, causaren un grave daño ambiental por el incumplimiento de las condiciones o exigencias ambientales bajo las cuales se les otorgó la certificación ambiental y los permisos correspondientes, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones administrativas aplicables conforme lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Artículo 3. El que sin la competente autorización extrajere, produjere, transformare, transportare, vendiere, comprare, importare o exportare, guardare o almacenare sustancias tóxicas o peligrosas en cantidades tales que constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de 2.000 a 3.000 Unidades Tributarias Mensuales.

Si el peligro a que se refiere el inciso anterior incluyese un serio riesgo para la salud o la vida de las personas, la pena será de reclusión menor en su grado máximo y multa de 3.001 a 5.000 Unidades Tributarias Mensuales.

Título II
De los delitos que afectan el correcto funcionamiento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental

Artículo 4. El que ejecute o mande ejecutar un proyecto o actividad de los señalados en el artículo 10 de la Ley 19.300, sin previamente haber sometido dicho proyecto o actividad al Sistema de Evaluación de su Impacto Ambiental, de acuerdo a lo establecido en dicha ley, multa de 5.000 a 10.000 Unidades Tributarias Mensuales, sin perjuicio de las penas que correspondan por la comisión de alguno de los delitos descritos en el Título anterior, en su caso.

Se impondrá, además, la pena de reclusión menor en su grado medio, si se actuase en contra de las instrucciones o resoluciones de la autoridad ambiental.

Artículo 5. El que habiendo obtenido la aprobación de la Declaración o Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a su actividad o proyecto, lo modifique o mande modificar sin someter previamente esa modificación a la evaluación de su impacto ambiental, cuando ello corresponda, será castigado con la pena multa de 5.000 a 7.000 Unidades Tributarias Mensuales, sin perjuicio de las penas que deban imponerse por la comisión de alguno de los delitos descritos en el Título anterior, en su caso.

Artículo 6. Será castigado como autor del delito del artículo 228 del Código Penal, el funcionario público que debiendo o pudiendo conceder un permiso o pronunciarse respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental, concediere dicho permiso en los casos que la ley o los reglamentos respectivos no lo permitieren, o emitiere favorablemente el pronunciamiento solicitado, cuando ello no fuere legal o reglamentariamente procedente.

Con la misma pena se castigará a los funcionarios o miembros de la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según corresponda, que, debiendo rechazar conforme a la

ley o a los reglamentos el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental de un proyecto o actividad, no lo hagan, ya sea otorgándole su aprobación directamente o dando lugar a su aprobación por el mero transcurso de los plazos a que se refieren los artículos 17 y 18 de la Ley 19.300.

La pena señalada en los incisos anteriores se aplicará, aumentada en un grado, a los funcionarios que otorguen las autorizaciones o permisos correspondientes a un proyecto o actividad cuya Declaración o Estudio de Impacto Ambiental hayan sido rechazados por la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, en su caso.

Artículo 7. Será castigado con las penas del artículo 210 del Código penal, el que presentare un Estudio de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente información relevante acerca de la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo, las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente, el plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al Estudio de Impacto Ambiental, y el plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.

Con la misma pena se castigará al que presentare una Declaración de Impacto Ambiental conteniendo datos falsos u omitiendo derechamente información relevante acerca del cumplimento con la legislación ambiental del proyecto o actividad cuya aprobación se solicita.

Se considerará también autor del delito previsto en el artículo 210 del Código penal, al que, estando obligado por ley, reglamento o resolución de la autoridad ambiental, a efectuar mediciones de los contaminantes que emitan, o monitoreos del impacto de dichos contaminantes sobre el medio ambiente y sus componentes, emitiere o mandare emitir informes falsos o sustancialmente incompletos acerca de dichas emisiones o del impacto de las mismas, con independencia de si el proyecto o actividad en que dichas emisiones se generen esté o no sujeto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Título III
Disposiciones varias

Artículo 8. Un reglamento determinará las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora cuya emisión al medio ambiente sea capaz de producir un grave daño ambiental y, en su caso, de poner en serio peligro la vida y la salud de las personas.

Dicho Reglamento no podrá considerar como capaces de producir un grave daño ambiental, cantidades o proporciones de sustancias contaminantes iguales o inferiores a los máximos señalados en las Normas de Emisión que sean aplicables.

Artículo 9. La Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según corresponda, y los funcionarios o autoridades que deban conceder permisos ambientales o informar respecto de un proyecto o actividad, no podrán, en ningún caso, aprobar un proyecto o actividad, conceder el permiso o emitir el informe respectivo, cuando el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental considere la extracción, elaboración o producción, directa o indirecta, transporte o emisión de cantidades o proporciones de sustancias contaminantes iguales o superiores a las declaradas por el reglamento antes referido como capaces de causar un grave daño ambiental, sin que dicho Estudio o Declaración de Impacto Ambiental contenga medidas que garanticen efectivamente que tales sustancias serán conveniente-

mente tratadas, neutralizadas, depositadas, transportadas o almacenadas, de manera tal que no afecten la calidad de los aires, el suelo o las aguas, superficiales y subterráneas, más allá de lo permitido por las Normas de Emisión aplicables.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior, pero sólo en cuanto se refiere a la contaminación de los suelos, los Estudios o Declaraciones de Impacto Ambiental relativos a la instalación de relaves mineros y de depósitos de residuos sólidos, líquidos o de otra clase, caso en el cual se regirán únicamente por las normas ambientales generales y las especiales dictadas a su respecto.

Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, chimeneas y demás sistemas de calefacción o refrigeración domésticos, las que, en caso de exceder las Normas de Emisión correspondientes, se regirán por las disposiciones generales aplicables en la materia.

Artículo 11. La existencia de una prueba pericial acerca del hecho de haberse emitido al medio ambiente las cantidades o proporciones de sustancias contaminantes que el reglamento determine como capaces de producir un grave daño ambiental o un serio peligro para la vida y la salud de las personas, en su caso, será suficiente para presumir judicialmente o dar por establecido conforme a los conocimientos científicos asentados, que efectivamente se ha producido un grave daño ambiental, con peligro para la salud y la vida de las personas, en su caso, según lo dispuesto en los artículos 488 del Código de Procedimiento Penal y 297 del Código Procesal Penal, respectivamente.

Artículo 12. Sin perjuicio de las reglas generales, y salvo prueba en contrario, se tendrá por probado según lo dispuesto en los artículos 488 del Código de Procedimiento Penal y 297 del Código Procesal Penal, respectivamente, que una emisión considerada por el reglamento como capaz de producir un serio peligro para la salud y la vida de las personas, ha causado efectivamente lesiones graves o la muerte de una o más personas determinadas, si se cumplen las siguientes condiciones:

a) Que exista una prueba pericial de que la emisión capaz de poner en peligro la vida y la salud de las personas se produjo con anterioridad a las lesiones o muerte de una o más personas;

b) Que exista una prueba pericial de que una o varias personas estuvieron expuestas a los contaminantes emitidos por un tiempo y en cantidades suficientes para que, según los conocimientos médicos asentados, dichas personas pudiesen ser afectadas por ellos; y

c) Que exista una prueba pericial que aporte una explicación sobre el mecanismo biológico, químico o físico desencadenado en la persona o personas afectadas por los efectos de su exposición a la emisión contaminante.

Para la aplicación de lo dispuesto en este artículo bastará un único informe pericial, si él contiene las conclusiones que sirven de base a la presunción judicial o a la afirmación, conforme los conocimientos científicos asentados, de haberse producido los hechos antes enumerados.

Artículo 13. Sin perjuicio de las reglas generales, se considerarán también autores por los delitos comprendidos en esta ley los que aparezcan ante la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según corresponda, como titulares de los proyectos o actividades en que incida el delito y, tratándose de personas jurídicas, sus representantes legales, gerentes o directores, y en general, todos quienes tengan o compartan de hecho o jurídicamente facultades de administración de la misma, salvo prueba en contrario.

Se estimará suficiente prueba para eximir de la responsabilidad penal a las personas señaladas en el inciso anterior, la de haberse opuesto al acto u omisión que constituye el delito, intentando seriamente evitar su realización; o mediante el establecimiento previo de medidas de control administrativo que sus subordinados hubiesen infringido, sin su conocimiento o sin que les fuese posible evitarlo, por provenir de acciones de sabotaje u otras intervenciones de terceros de similares características.

En el caso de los Directores o gerentes de una persona jurídica, su oposición al acto que constituye el delito, podrá acreditarse con la exhibición de las actas correspondientes a la sesión del Directorio en que se decidió su realización.

Artículo 14. Las personas jurídicas cuyos representantes, gerentes, directores o administradores, de hecho o de derecho, fuesen condenados por alguno de los delitos previstos en esta ley, cometido durante el desarrollo de un proyecto o actividad de dicha persona jurídica, serán sancionadas por el Tribunal que conozca de dicho delito, sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas correspondientes:

a) Con la clausura del proyecto o actividad en que incide el delito;

b) Con una multa de entre 10.000 y 15.000 Unidades Tributarias Mensuales; y

c) Con la inscripción en un registro público especial que llevará la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Un reglamento regulará las formalidades de este registro, cuyas inscripciones, en todo caso, deberán ser tomadas en cuenta para evaluar la seriedad de las garantías medioambientales de los proyectos o actividades sujetos al sistema de evaluación de impacto ambiental.

La multa podrá compensarse con los gastos que voluntaria y efectivamente se hubieran realizado en orden a recuperar el medio ambiente e indemnizar a las personas afectadas, cuando corresponda. En estos casos, el tribunal podrá, además, abstenerse de clausurar el proyecto o actividad, siempre que se produzca una recuperación seria del medio ambiente dañado y una indemnización satisfactoria a las personas afectadas, ordenando dejar constancia de esta circunstancia en el registro señalado en la letra c) anterior.

Artículo 15. La aprobación por parte de las Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según corresponda, de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental en contra de lo previsto en el artículo 9.º de esta ley, no producirá otro efecto que el de ser circunstancia atenuante en la comisión de los delitos contemplados en el Título I de esta Ley, a menos de probarse que el responsable de los mismos se hubiere concertado con los funcionarios que indebidamente aprobaron el proyecto o actividad origen del grave daño ambiental que se trate, caso en el cual esta última circunstancia se considerará como agravante, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los delitos de cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y demás que pudieran haberse cometido.

Artículo 16. Conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 19.300, el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente formará un Comité Operativo para colaborar en la investigación de los delitos contemplados en esta Ley.

Este Comité Operativo tendrá por funciones colaborar técnicamente con las autoridades encargadas de la persecución penal y recabar la información necesaria para denunciar ante ellas los delitos contemplados en esta ley. También podrá recibir denuncias de particulares u otros funcionarios públicos por la comisión de dichos delitos, con el único objeto de transmitirlas inmediatamente a las autoridades correspondientes.

En la conformación de dicho comité deberá incluirse al menos una persona designada por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, otra por el Ministerio Público, y un profesor del área de las ciencias naturales de una Universidad del Estado, que cuente con

laboratorios para realizar los análisis y pruebas requeridos en la investigación de esta clase de delitos.

Los profesionales de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y los profesores universitarios que formen parte del Comité Operativo para la persecución de los delitos contemplados en esta Ley, se considerarán como peritos para todos los efectos legales, y sus informes podrán siempre incorporarse al juicio penal como documentos públicos, sin necesidad de ratificación o de la comparecencia personal del informante. En todo caso, al emitir sus informes, dichos funcionarios actuarán con total imparcialidad y quedarán sujetos a la responsabilidad penal que les cupiere conforme dispone el artículo 227 N.º 3 del Código penal.

Disposición transitoria

Artículo único. El Título I de esta Ley, comenzará a regir sólo sesenta días después de publicado en el Diario Oficial el reglamento a que hace referencia su artículo 8.º.