

Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal

ENRIQUE DÍAZ ARANDA
ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
CHRISTIAN JÄGER
CLAUS ROXIN



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**PROBLEMAS FUNDAMENTALES
DE POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ENSAYOS JURÍDICOS, Núm. 1

Cuidado de la edición: Raúl Márquez Romero
Formación en computadora y elaboración de formato PDF:
Dante Javier Mendoza Villegas

PROBLEMAS
FUNDAMENTALES
DE POLÍTICA CRIMINAL
Y DERECHO PENAL

ENRIQUE DÍAZ ARANDA
Editor



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2002

Primera edición: 2001
Primera reimpresión: 2002

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-9077-7

CONTENIDO

Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo? 9

Enrique DÍAZ ARANDA

I. Planteamiento del problema	9
II. Antecedentes	10
III. Los sistemas penales	13
1. El sistema clásico y neoclásico (causalismo)	16
2. El sistema final de acción	19
IV. El cuerpo del delito	22
1. En la doctrina	22
2. En la legislación	24
3. En la jurisprudencia	28
V. Conclusiones	34

Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa 39

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

<i>La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena</i>	67
Christian JÄGER	
I. La pena de muerte como manifestación del pensamiento retribucionista	69
II. La pena de muerte a la luz de argumentos preventivo-generales y preventivo-especiales	74
III. El fin de la pena de muerte en su relación con la cadena perpetua	82
<i>Problemas actuales de la política criminal</i>	87
Claus ROXIN	
<i>Primera tesis:</i> las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad	89
<i>Segunda tesis:</i> las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad	92
<i>Tercera tesis:</i> la prevención es más efectiva que la pena	94
<i>Cuarta tesis:</i> el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo	99

Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de mayo de 2002 en los talleres de J. L. Servicios Gráficos S. A. de C. V. En la edición se utilizó papel cultural de 70 x 95 de 50 Kg. para los interiores y cartulina couché de 162 Kg. para los forros. Tiraje: 1,000 ejemplares.

CUERPO DEL DELITO ¿CAUSALISMO O FINALISMO?

Enrique DÍAZ ARANDA*

A mi querido amigo, Christian Jäger

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La reincorporación del término “cuerpo del delito” a nuestra legislación, tanto en la Constitución como en el Código adjetivo, ha dado lugar a pensar que hemos regresado al llamado “causalismo” y, por tanto, que la sistemática de la doctrina final de acción ha dejado de regir en nuestro país. En el presente trabajo demostraré que la *estructura* del sistema creado por Welzel (finalista) sigue vigente en el derecho positivo mexicano.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

II. ANTECEDENTES

En enero de 1994 el legislador mexicano reformó la Constitución y el Código Penal para sustituir al cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, dentro de los cuales ubicó al dolo. Dicho cambio provocó desacuerdos entre el Ministerio Público y los jueces, pues los segundos negaban las órdenes de aprehensión solicitadas por el representante de la sociedad argumentando la falta de pruebas para acreditar todos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y las mismas razones se argüían para dictar autos de libertad. Lo anterior generaba irritación en el seno del Ministerio Público y se llegó a iniciar averiguaciones previas en contra de los jueces que se negaban a librar dichas órdenes de aprehensión o dictaban autos de libertad en favor del consignado.

Mientras los órganos de procuración e impartición de justicia sostenían la pugna antes descrita, la delincuencia se incrementó a niveles alarmantes. Por ello, el Congreso de la Unión decidió intervenir y solucionar el problema a través de la reforma legal.

La exposición de motivos de la reforma de 8 de marzo de 1999 es digna de análisis. A continuación transcribo algunos de los párrafos más significativos:

La sociedad toda ha advertido en el pasado reciente serias deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debía ser una colaboración de Ministerio Público y jueces en favor de la justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación.

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió la averi-

guación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

Con el tiempo se han hecho evidentes las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no sólo por las limitaciones de carácter técnico o profesional atribuidas a las autoridades encargadas de procurar justicia, sino también por razones de índole temporal, como en los casos de flagrancia o urgencia, en que el Ministerio Público tiene que integrar la averiguación previa y consignar a los probables responsables ante la autoridad judicial en un plazo tan breve, que resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal.

El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.

Como se puede advertir, el legislador de 1999 consideró que la doctrina final de acción, adoptada con la reforma de 1994, entorpeció la justicia penal en México; por ese motivo se pronunció contra dicha teoría y a favor de no adoptar teorías penales en el texto de la Constitución, específicamente en los artículos 16 y 19.

Para iniciar nuestro análisis conviene aclarar el significado y la función de los sistemas penales.

III. LOS SISTEMAS PENALES

Desde la perspectiva doctrinal, los sistemas penales son estructuras lógicas sustentadas en presupuestos filosófico-dogmáticos que sirven para analizar conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales con el fin de determinar si son o no constitutivas de delito. Por ello se deben distinguir dos aspectos fundamentales de los sistemas: uno es el sistema como estructura de análisis y el otro es el sustento filosófico-teórico en el que sustenta su desarrollo.

Como estructura de análisis, desde finales del siglo XIX se convino en una estructura de tres categorías o escalones: conducta típica, antijurídica y culpable. Dicha estructura tripartita ha permanecido hasta nuestros días y la evolución de los sistemas (clásico, neoclásico, final de acción y funcional) se ha reflejado en la modificación del contenido de cada categoría. Por ejemplo, el tipo del sistema clásico se conformaba exclusivamente con el tipo objetivo, mientras que en el sistema final de acción el tipo requiere del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo o culpa) y en el sistema funcional el tipo requiere del tipo objetivo delimitado con los criterios de imputación al tipo subjetivo.

De mayor importancia es el cambio de los fundamentos político criminales, filosóficos y dogmáti-

cos en cada sistema.¹ Así, por ejemplo, para los sistemas clásico y neoclásico un resultado sólo era atribuible a una conducta cuando se podía demostrar científicamente el nexo causal; empero, con la nueva teoría de la imputación al tipo objetivo del sistema funcionalista se puede atribuir un resultado a una conducta sin demostrar plenamente la causalidad² o, por el contrario, se puede excluir la imputación de un resultado causado por una conducta cuando la acción se ha realizado conforme a lo preceptuado por la norma y entra dentro del riesgo permitido.³

La trascendencia práctica del sistema aplicado para el análisis del hecho se puede observar en el proceso “contergan” en Alemania y el caso del “aceite de colza” en España. El proceso contergan se sustentó en la acusación contra los responsables de la producción de un medicamento que al ser ingerido por mujeres embarazadas produjo, presumiblemente, lesiones al feto, que se manifestaron después del nacimiento como malformaciones permanentes y en muchos casos habían culminado con la muerte del niño. En el

1 Sobre este problema, *cfr.* Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, esp. pp. 35-63.

2 *Cfr.* Frisch, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995, esp. pp. 23-34.

3 *Cfr.* Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, esp. pp. 52-53.

llamado caso del aceite de colza, tras el uso doméstico de una determinada modalidad de aceite, se observa repetidamente la presencia de una enfermedad desconocida en los consumidores de aquélla. Este aceite había sido sometido a diversas manipulaciones contrarias (varias de ellas) a las normas vigentes en materia de alimentación. Sin embargo, tras reiterados análisis, sigue desconociéndose la virtualidad real de cada uno de tales procesos, en relación con las muertes y lesiones producidas al consumir el aceite tóxico. En ambos casos las pruebas científicas (periciales) no demostraron plenamente la relación causal entre la conducta (omisión de los empresarios) y los resultados (en el proceso contergan las malformaciones de los recién nacidos o sus posteriores muertes y en el caso del aceite de colza las lesiones y las muertes de los consumidores). Si el Tribunal Supremo alemán o el Tribunal Supremo español hubieran aplicado las teorías causales del sistema clásico o el neoclásico, no se habría podido fundamentar la responsabilidad de los procesados y habrían sido absueltos;⁴ sin embargo, aplicando la

4 Aunado a ello, se debe considerar lo cuestionable que resulta hablar de una causalidad en la omisión, dado que en el plano óptico sólo existen acciones y en los supuestos de omisión la acción realizada por el sujeto no es la que desencadena el proceso causal que provoca el resultado. Sobre esta problemática, *cf.* Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, esp. pp. 43-48.

teoría de la imputación objetiva del resultado del sistema funcionalista, sostuvieron que se podían atribuir los resultados a la omisión de los empresarios y, conforme a ello, los condenaron.⁵

Veamos a continuación el fundamento del llamado causalismo y el finalismo.

1. *El sistema clásico y neoclásico (causalismo)*

El sistema clásico (Franz von Liszt y Ernst Beling)⁶ se sustentó en el naturalismo positivista predominante en el siglo XIX, el cual

5 Sobre el análisis del proceso contergan, *cfr.* Silva Sánchez, José María *et al.*, *Sistema de casos prácticos de derecho penal (con soluciones)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, p. 96; Lüttger, Hans, *Medicina y derecho penal (inseminación artificial humana; anticonceptivos y aborto; embrión, feto y persona; concepto de muerte en el derecho penal; trasplante de órganos)*, trad. de Enrique Bacigalupo, Madrid, EDERSA, 1984, esp. pp. 71-80. Para el análisis del caso del aceite de colza, véase en este libro el trabajo de Gimbernat Ordeig, Enrique, punto III, inciso c.

6 *Cfr.* Beling, Ernst, *El rector de los tipos de delito (Die Lehre vom tatbestand)*, trad. de L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936, esp. pp. 19-20; Mir Puig, S., *Introducción a las bases del derecho penal (concepto y método)*, Barcelona, Bosch, 1976, esp. p. 226; Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal (parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible)*, trad. de la 7a. ed. alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, t. II, esp. pp. 40-41. Para un desarrollo más amplio sobre el pensamiento, puntualización y diferencias de estos autores, *cfr.* Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992, esp. pp. 51-53.

quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos-internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos.⁷

A partir de lo anterior, Von Liszt analizó de manera sistemática al delito tomando como base la distinción entre hecho injusto y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad.⁸

7 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, p. 200; también *cfr.* Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista)*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1961, esp. pp. 31, 61 y ss.; del mismo autor, *Derecho penal alemán (parte general)*, 11a. ed., 4a. ed. castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, esp. p. 72; Cerezo Mir, José, "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español", *ADPCP*, Madrid, Edit. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, t. XIV, fasc. I, enero-abril de 1961, esp. pp. 55 y 56.

8 *Cfr.* Liszt, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 und 22, Völlig durchgearbeitete Auflage (37-40 Tausend), Berlin und Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919, esp. pp. 150 y ss.

Tanto el sistema clásico como el neoclásico (Edmund Mezger) sustentaron el análisis de la conducta en las teorías causales (teoría de la equivalencia de las condiciones y teoría de la causalidad adecuada, respectivamente) y por esa razón se les ha denominado en México como causalismo. Empero, en estricto sentido, el causalismo sólo es una teoría para el análisis de la conducta dentro de todo el sistema de análisis del delito. En otras palabras, las teorías causales sólo se utilizan en el análisis de la primera categoría o nivel (conducta típica) dentro del sistema clásico o neoclásico, cuya estructura consta de tres categorías (conducta típica, antijurídica y culpable).

Por cuanto al análisis subjetivo del delito, tanto en el sistema clásico como en el neoclásico, el dolo se trató en la culpabilidad. En el sistema clásico el dolo se consideró como la culpabilidad misma (fundamento puramente psicológico), mientras que en el sistema neoclásico sólo era un elemento de la culpabilidad (fundamento psicológico-normativo).⁹

9 Cfr. Díaz Aranda, Enrique, *Dolo (causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México)*, México, Porrúa, 2000, esp. pp. 9-11 y 28-36.

2. *El sistema final de acción*

Aproximadamente en 1940 Hans Welzel expuso en toda su extensión el llamado sistema final de acción, el cual tiene un fundamento lógico-objetivo o lógico-material, cuya característica principal es la atención en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien jurídico tutelado. Así, mientras que en el sistema clásico y neoclásico el análisis de la conducta consistía fundamentalmente en establecer la relación causal entre la conducta y el resultado, en el sistema final de acción era necesario, además, atender al fin que había perseguido el autor al realizar su conducta. De ahí que en el sistema final de acción el análisis del tipo no sólo consistía en el examen del tipo objetivo (empleando las teorías causales) sino también el tipo subjetivo (dolo o culpa).¹⁰

Con la inclusión del dolo en el tipo penal, el sistema final de acción permitió un mejor análisis para los supuestos de tentativa, pues desde el examen de la conducta que no había producido la lesión del bien jurídico tutelado, pero sí lo había puesto en peligro con la intención del autor de lesionarlo, se podía sustentar el delito doloso de acción en grado de tentativa. En cambio, con la estructura de análisis

10 Para un mayor desarrollo *ibidem*, pp. 43-58.

del sistema clásico y neoclásico, el estudio de los supuestos de tentativa era incongruente, pues la conducta tentada no causa ningún resultado y por ello no se puede imputar a ningún tipo en particular (piénsese, por ejemplo, en la conducta de tocar el hombro de una mujer ¿es típica?); sin embargo, pese a que no estaba fundamentada la conducta típica, se proseguía con el análisis de la culpabilidad para determinar el dolo que había guiado a la conducta del autor (siguiendo con el ejemplo, si el tocamiento era el primer acto de ejecución para someter a la mujer con el fin de violarla). Realizar un análisis como el anterior significa atender primero a la conducta típica y, sin haber fundamentado su tipicidad ni analizar su antijuridicidad, pasar de inmediato a la culpabilidad para analizar el dolo, cuya constatación conllevaría a regresar al análisis del tipo y volver a la secuencia tipo-antijuridicidad-culpabilidad. Baste lo anterior para mostrar el problema lógico-sistemático del análisis de la tentativa en los sistemas clásico y neoclásico y la mejor solución sistemática ofrecida por el finalismo, con el cual se permitía el análisis conjunto de los elementos objetivos del tipo y atender al tipo subjetivo para sustentar el dolo del sujeto activo y, una vez sustentada la tipicidad de la conducta dolosa en grado de tentativa, proseguir con el análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Con lo desarrollado hasta ahora podemos sostener que en el sistema clásico se analizaba el tipo objetivo (conformado por todos los elementos perceptibles a través de los sentidos) al cual se adicionaron los elementos normativos en el sistema neoclásico (aquellos que requieren de una valoración normativa), enseguida se procedía al análisis de la antijuridicidad y, una vez constatada la ausencia de causas de justificación, se proseguía con el examen de la culpabilidad, en particular del dolo. En suma, en los sistemas clásico y neoclásico el dolo era objeto de estudio en la última categoría de la teoría del delito: en la culpabilidad.

En cambio, en el sistema final de acción, el análisis del delito se inicia con el tipo objetivo (elementos objetivos y normativos) y el tipo subjetivo (dolo o culpa) seguido de la antijuridicidad y, por último, la culpabilidad; en otras palabras, el examen del dolo se realizaba en la primera categoría o escalón: el tipo, y después se pasaba al análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Aclarado lo anterior es necesario determinar qué se entiende por cuerpo del delito.

IV. EL CUERPO DEL DELITO

Los antecedentes del “cuerpo del delito” se pueden encontrar en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, de ello nos ocuparemos a continuación.

1. *En la doctrina*

El término cuerpo del delito fue utilizado por Farnaccio a mediados del siglo XVI¹¹ y posteriormente se puede encontrar a principios del siglo XIX en la obra de Feuerbach, quien se refiere al supuesto de hecho del delito o cuerpo del delito (*Tatbestand des Verbrechens oder corpus delicti*).¹² Debemos tener en consideración que la obra de Feuerbach es anterior a la creación del sistema clásico y, por tanto, se puede sostener que dicho autor no utilizaba el término de cuerpo del delito como sinónimo de tipo penal, dado que esa categoría del sistema penal se crearía casi un siglo después por Beling.¹³ En efecto, el cuerpo del

11 Cfr. Mancera Espinosa, Miguel Ángel, “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 2, mayo-agosto de 1998, esp. p. 1.

12 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6a. ed., parágrafos 24 y ss. Por otra parte, conviene aclarar que actualmente se traduce el sustantivo *Tatbestand* como tipo; sin embargo, ello es producto de la posterior aportación de Beling; si Feuerbach hubiese querido hacer referencia expresa al tipo penal, entonces habría utilizado el término que se empleaba en su época: *Typus*.

13 Cfr. Bustos Ramírez, J., *Introducción al derecho penal*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1994, p. 105.

delito para Feuerbach se puede asimilar al delito en su conjunto; empero, en la moderna dogmática europea no se encuentra referencia alguna al concepto “cuerpo del delito”.

En la doctrina penal mexicana, la expresión “cuerpo del delito” puede tener tres sentidos:

...como el hecho objetivo ínsito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, así por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, una puerta rota, y finalmente, una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de la naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya, etcétera).¹⁴

La doctrina penal mayoritaria en nuestro país se pronuncia a favor del primer concepto de cuerpo del delito, es decir, lo concibe como el tipo penal objetivo;¹⁵ aunque muchos autores agregan a los elementos objetivos del tipo, los elementos norma-

14 Luna Castro, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, México, Porrúa, 1999, p. 90.

15 *Ibidem*, esp. p. 91. En contra de esta afirmación, Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, 2a. reimp., México, Ángel Editor, 2000, esp. pp. 40 y 41.

tivos y los elementos subjetivos distintos del dolo, cuando el tipo así lo requiere.¹⁶

2. *En la legislación*

El Código Procesal de 1880 establecía en el artículo 121 que para acreditar el cuerpo del delito sólo requería *probar el hecho o la omisión que la ley reputara como delito*. Posteriormente el Código adjetivo de 1894 dispuso que era necesario *comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción de dolo*. El Código Procesal de 1909 estableció que para comprobar el cuerpo del delito se deberían justificar los elementos del hecho delictuoso; al paso que el Código de 1929 dio preponderancia a las reglas especiales y dispuso que los delitos se acreditaban *con la comprobación de sus elementos constitutivos*.¹⁷ Después de la reforma de 27 de diciembre de 1983, el artículo 168 del Código adjetivo establecía:

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, se-

16 *Cfr.*, para la cita de varios autores, Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo (causalismo y finalismo)*, 3a. ed., Puebla, México, Edit. OGS, 2000, esp. pp. 39-45.

17 Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 11, p. 6.

gún lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

Dicha regulación generaba diversos problemas prácticos, a saber:

- 1) Se discutía si dentro de los elementos que integran la descripción de la conducta, debía o no de considerarse al dolo y a la culpa, o si éstos deberían analizarse en el capítulo de la responsabilidad.
- 2) El tema de la eventual autoría mediata, y la participación *stricto sensu* en el delito, comprendiendo en ésta a todos los sujetos que sin realizar por sí la acción típica (autor o coautores materiales) concurrían en la comisión del ilícito: autor intelectual, instigador y cómplice; era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad.
- 3) Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del concepto del cuerpo del delito, sino datos para determinar el grado de responsabilidad.
- 4) Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.
- 5) La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes con el o los inculpados era abordada sólo en el capítulo de la responsabilidad.¹⁸

18 Sosa Ortiz, Alejandro, *Los elementos del tipo penal (la problemática de su acreditación)*, México, Porrúa, 1999, pp. 2 y 3.

La falta de criterios unánimes sobre el cuerpo del delito y los problemas prácticos para identificar lo que se debía probar en él y en la probable responsabilidad,¹⁹ llevaron al legislador penal en 1993 a reformar la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de propiciar mayor certeza jurídica durante la procuración e impartición de la justicia penal.²⁰ De esta guisa, se sustituyó el término cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, quedando regulado en el Código adjetivo en los términos siguientes:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

19 Por el contrario, García Ramírez sostiene que el concepto del cuerpo del delito era muy claro en México. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, esp. pp. 7-9 y 15-16.

20 *Cfr.* Moreno Hernández, Moisés, "Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, esp. pp. 86 y 87.

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.²¹

Actualmente el Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

21 Sánchez Sodi, Horacio (comp.), *Compilación de leyes*, México, Greca Editores, 1997, pp. 232 y 233.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Como se puede observar, el cuerpo del delito es un término empleado en la legislación procesal de nuestro país desde finales del siglo XIX; pero su concepto se ha ido restringiendo de todos los elementos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable) a sólo el tipo objetivo. Por otra parte, el término cuerpo del delito no se ha empleado en el Código penal sustantivo; por ende, el término cuerpo del delito es propio del derecho procesal penal mexicano.

3. *En la jurisprudencia*

En diversas tesis jurisprudenciales de 1930 se identificó al cuerpo del delito con el tipo objetivo en los términos siguientes:

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, no debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 4o. del Código Penal, se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos; mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito (*Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXVIII, 14 de enero de 1930, Primera Sala, p. 209).²²

22 En el mismo sentido:

A) CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que delito es la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista, un elemento psicológico, o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos, físico o externos, que constituyen el delito; con total abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad (Pérez Nieto Florisel, Primera Sala, 21 de enero de 1930, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXVI, p. 1982).

B) CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, ya que esta confusión sería antijurídica pues, por ello, según el artículo 4o. del Código Penal del Distrito se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, lo cual implica la existencia de un elemento psicológico o subjetivo; en tanto que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o dolo que se refieren sólo a la culpabilidad (Ramos Téllez José María, Primera Sala, 29 de junio de 1930, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXIX, p. 1295).

Dicho criterio fue reiterado en posteriores tesis jurisprudenciales, por ejemplo en 1950:

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito (Amparo penal en revisión 8798/49, Villarello Fernando, Primera Sala, 2 de febrero de 1950, unanimidad de cuatro votos, Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente; *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CIII, p. 1242).

Como se puede observar, el cuerpo del delito se identificó en la jurisprudencia como el tipo objetivo. Si trasladamos lo anterior a los términos del proceso penal en México durante la primera mitad del siglo XX, podemos decir que el cuerpo del delito era equivalente al tipo objetivo y todo lo demás quedaba encuadrado en la probable responsabilidad.

Así, para dar contenido a las figuras procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad, se atendió a la estructura del sistema clásico y neoclásico, los cuales ubicaban primero al tipo objetivo, después la antijuridicidad (o ausencia de causas de justificación) y posteriormente la culpabilidad, dentro de la cual concebían al dolo y la culpa.

Lo anterior se constata con la tesis jurisprudencial siguiente:

RESPONSABILIDAD PENAL. Todo acto jurídico tiene las siguientes características: puede ser constitutivo del delito, modificativo del tipo penal, agravante del contenido del injusto típico o excluyente del mismo, esto es, del hecho de poner en peligro o de la lesión de un interés protegido por el Derecho. Ahora bien, es bien sabido conforme al Derecho material que el delito ante todo, es acción típica, antijurídica y culpable, cuando no concurre una causa excluyente de incriminación. Desde este punto de vista cabe decir que cuando una conducta determina con su acción la lesión al bien jurídico, esto es, a la integridad corporal o a la privación de la vida de la parte lesa, tal comportamiento se subsume en un tipo penal; pero no es esto suficiente; un juicio de valor por parte del juez del conocimiento, sino que debe contemplarlo en orden al dolo que matizó tal comportamiento y, por lo mismo, a las circunstancias especiales, ya tengan el carácter de agravantes o atenuantes que puedan modificar el juicio de valor, por parte del juez *a quo* (amparo penal directo 3106/54, por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente, 6 de octubre de 1954, unanimidad de cinco votos, ponente: Teófilo Olea y Leyva; *Semana-rio Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXII, p. 115).

Pese a la claridad conceptual de las tesis jurisprudenciales anteriores, en su aplicación práctica se pueden encontrar tesis jurisprudenciales en las cuales se negó la acreditación del cuerpo del delito debido a la ausencia del dolo específico requerido en el tipo. Así por ejemplo, se determinó la falta de integración del cuerpo del delito de secuestro debido a la ausencia del dolo del autor.

PLAGIO O SECUESTRO (ROBO DE INFANTE) NO CONFIGURADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). El artículo 336, del Código Penal del Estado de Querétaro, prevé el delito de plagio o secuestro (conceptos que en esta materia denotan lo mismo), que consiste en términos generales, en la privación ilegal de la libertad, acompañada de móviles o medios peligrosos, que fundamentan el grave aumento de penalidad. La fracción V de dicha disposición contempla el robo de infante. El núcleo del tipo penal lo constituye el apoderamiento de un infante menor de siete años, por un extraño al mismo o por un familiar del infante, con el propósito: a) de obtener dinero por su rescate; b) o bien, de causarle un daño o perjuicio cualquiera en su persona, en sus bienes, en su reputación, etc., c) o bien, de causar iguales daños a una persona cualquiera que esté en relaciones de cualquier especie con el plagiado. Así, si el bien protegido con el delito de secuestro es la libertad externa de la persona, la libertad de obrar y moverse, por ende, *el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguno de la li-*

bertad personal, ya con el fin de pedir rescate o bien de causar daño en los términos anotados, y si no media ninguno de estos supuestos, no puede concluirse que se configure el cuerpo del delito de secuestro (amparo directo 5163/78, Rubén Pérez Cárdenas, Primera Sala, 3 de enero de 1980, mayoría de 4 votos, ponente: Raúl Cuevas Mantecón, disidente: Mario G. Rebolledo F.; *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, ts. 133-138, segunda parte, p. 174).

El mismo criterio fue seguido en la tesis jurisprudencial siguiente:

BEBIDAS ALCOHOLICAS ADULTERADAS. SU VENTA Y DISTRIBUCIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO SANITARIO). En el artículo 296 del Código Sanitario se dispone que: “Los que fabriquen bebidas alcohólicas con sustancias extrañas, o las agreguen a las genuinas, capaces de alterar la salud o producir la muerte, serán sancionados con prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá a los que con conocimiento de esta circunstancia las vendan o distribuyan”. Los elementos del delito por tanto, son: a) que el sujeto venda bebidas alcohólicas, b) a sabiendas de que contienen sustancias extrañas capaces de alterar la salud o producir la muerte. Cabe observar que el tipo es de dolo específico, en cuanto recoge en su descripción un elemento subjetivo del injusto. En efecto, no basta que el agente activo venda las bebidas adulteradas, sino es preciso que tenga conocimiento de que estas bebidas se han adulterado por sustancias capaces de alterar la salud o producir la

muerte. Por ello, para tener por comprobado el cuerpo del delito, es requisito indispensable que se demuestre en autos que el inculpado vendió o distribuyó las bebidas alcohólicas con conocimiento de su adulteración por sustancias capaces de afectar la salud o causar la muerte (amparo directo 4903/67, Ranulfo Silva Cruz, Primera Sala, 11 de octubre de 1968, 5 votos, ponente: Ezequiel Burguete Farrera; *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, t. CXXXVI, segunda parte, p. 13).

V. CONCLUSIONES

Como se puede observar, contrario a lo señalado por el legislador penal de 1999, no estaba del todo claro si el cuerpo del delito se conformaba con los puros elementos objetivos del tipo o si también incluía al dolo; en consecuencia, algunos procesalistas analizaban el supuesto de hecho siguiendo la sistemática clásica o neoclásica, analizando en el cuerpo del delito el tipo objetivo y después, en la probable responsabilidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, dentro de esta última el dolo o la culpa. Otros, en cambio y tal vez sin estar conscientes de ello, empleaban la sistemática finalista analizando en el cuerpo del delito los elementos objetivos del tipo y el dolo del autor, y enseguida, en la probable responsabilidad, se ocupaban de la antijuridicidad y la culpabilidad del autor.

La situación anterior se debe a que los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad son términos procesales cuyo contenido varía según la sistemática aplicada: clásica, neoclásica, final o funcional.

Los sistemas penales nos indican el orden sistemático en los que se debe analizar un supuesto de hecho; en otras palabras, con los sistemas se sabe qué analizar primero y qué después. Desde la perspectiva anterior, la reincorporación del cuerpo del delito en la legislación mexicana con la reforma de 1999 sólo significa que todos los elementos del tipo penal (tipo objetivo y subjetivo, dispuestos con la reforma de 1994) se restringen a los elementos objetivos del tipo (tipo objetivo). Sin embargo, aun con dicha restricción sigue vigente la sistemática del finalismo, porque después del cuerpo del delito (tipo objetivo) se coloca al dolo y la culpa (tipo subjetivo) antes de la antijuridicidad (ausencia de causas de licitud o propiamente de justificación) y de la culpabilidad.

De otro modo, si por causalismo se entiende sistema clásico y neoclásico, entonces la reforma de 1999 sólo habría significado volver al causalismo si después del cuerpo del delito (tipo objetivo) se hubiera ordenado la constatación de la antijuridicidad (ausencia de causas de justificación) y se ordenara

dentro de la culpabilidad la comprobación del dolo y la culpa.

Por ende, desde la reforma de 1994 y pese a la reforma de 1999, sigue vigente la sistemática finalista.

Como la estructura de análisis del sistema final de acción ha sido adoptada también por el funcionalismo, entonces el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales puede considerarse como un precepto procesal de tendencia finalista o funcionalista. Sin embargo, la adopción de uno u otro sistemas dependerá de cada intérprete o dogmático, lo cual puede implicar llegar a diferentes conclusiones dadas las diferentes bases filosóficas y dogmáticas de cada sistema.

Lo anterior significa que el legislador penal de 1999 pretendió erradicar posturas doctrinales de la ley; empero, después de la reforma volvió a adoptar la estructura de la doctrina que tanto repudió: finalismo.

Si esto es así, surge, entonces, una pregunta ¿es intrascendente la reforma de 1999? Y la respuesta es negativa; pero la trascendencia no radica en el aspecto doctrinal, sino en el procesal, dado que el fondo de la reforma se sustenta en disminuir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener una orden de

aprehensión y para que el juez pueda dictar un auto de formal prisión con pruebas mínimas.²³

El grado probatorio (indicios o prueba plena) de los elementos del delito no es una cuestión que determinen los sistemas penales (clásico, neoclásico, final o funcional) sino es una decisión político-criminal que adopta el legislador en los códigos procesales de cada país. En consecuencia, si con la reforma de 1999 se quiso reducir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener con facilidad un orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión por el juez, entonces nuestro legislador se equivocó al considerar que el problema del grado de prueba durante el procedimiento penal corresponde a la dogmática penal.

23 En este sentido, *cfr.* Berumen Campos, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2000, esp. p. 27.

OMISIÓN IMPROPIA E INCREMENTO DEL RIESGO EN EL DERECHO PENAL DE EMPRESA

Enrique GIMBERNAT ORDEIG*

Dedicado a Claus Roxin en su cumpleaños setenta

I

“Según el principio dominante en el derecho penal de la propia responsabilidad de cada persona, *en principio* está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero”.¹ Este postulado defendido por la doctrina dominante, según el cual no entra en juego una omisión impropia cuando quien no actúa se limita a no impedir el hecho punible cometido por un autor plenamente responsable, conoce, sin embargo, y ya que sólo se establece para el caso normal (“en prin-

* Catedrático de derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, España.

1 SK-Rudolphi, § 13, n. m. 32, octubre de 1992 (cursiva añadida).

cipio”,² “normalmente”,³ “regularmente”⁴), algunas excepciones sobre cuya extensión y contenido se expresan a veces distintas opiniones.

En aplicación del postulado que se acaba de exponer existe en principio unanimidad en que los que poseen la patria potestad —o los profesores por las infracciones cometidas durante la jornada escolar— tienen deber de garante por los hechos punibles cometidos por menores —ya que éstos no son penalmente imputables—,⁵ y, naturalmente, está fuera de discu-

2 Cfr. la cita acabada de reproducir de *Rudolphi* y también Schumann, *Strafrechliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 6 “La primera y evidente consecuencia del principio de la propia responsabilidad de los demás consiste en que el ámbito de cada uno se limita, *en principio*, a su propia actuación y que sólo *en especiales circunstancias* alcanza también al de otra persona” (cursivas añadidas, véase también p. 24). Véase, también, Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 116.

3 “...porque *normalmente*, y de acuerdo con el principio de autonomía, nadie es responsable por la actuación responsable de otras personas (Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 194)” cursiva añadida.

4 “Por lo demás rige que *regularmente* los adultos son ellos mismos responsables por su hacer y por su omitir” (NK-Seelmann, 1995, § 13, n. m. 127, cursiva añadida). Rogall, ZStW 98 (1986), p. 616, habla “del principio de la responsabilidad individual dominante en nuestro derecho penal, que *sólo en casos especiales* permite hacer responder a una persona por las faltas de otra” (cursiva añadida).

5 Cfr. sólo Böhm, JuS, 1961, p. 181; Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 324, 325, 333; Schubarth, SchwZStr, 92 (1976), p. 385; Schultz, *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 155 y 156; Landscheidt, *Zur Problematik der Garantienpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*,

sión que existe un delito de omisión impropia por no evitar el hecho punible de un tercero cuando la ley (tal como sucede, por ejemplo, en el 357 StGB y en los 30 y 31 WStG)⁶ así lo ha previsto expresamente.⁷

1985, pp. 102, 105; Otto/Brammsen, *Jura*, 1985, pp. 541 y 542 (“Sobre la base de la ausencia de propia responsabilidad de los hijos menores postulada por nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad espera que los padres eviten el comportamiento delictivo); Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1986, pp. 153 y ss.; Jakobs, *Strafrecht AT*, 2a. ed., 1991, 29, 35; Freund, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 247 y ss. (“Por la ausencia de responsabilidad de estas personas [sc. de los menores] existe una necesidad vital de colocar a su lado a una persona responsable que garantice en cierta medida la desactivación de la peligrosidad resultante de la falta de responsabilidad, de una persona que en una determinada medida compense el déficit de responsabilidad”, p. 248); Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 102; NK-Seelmann, nota 4, § 13, n. m. 128; Schönke/Schröder/Stree, *StGB*, 25a. ed., 1997, § 13, n. m. 52; Kühl, *Strafrecht AT*, 2a. ed., 1997, § 18, n. m. 116.

Diferenciadamente, sin embargo y con razón: Bockelmann/Volk, *Strafrecht AT*, 4a. ed., 1987, p. 140 (“Los jóvenes en el umbral de la mayoría de edad difícilmente pueden ser gobernados”), y Sagenstedt, *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern*, 1989, p. 408 (“Este [sc. el precepto del § 1626, apartado primero, inciso, primero, BGB] establece, con ello una <imagen rectora legal>, de acuerdo con la cual la intensidad del cuidado de los padres se debilita continuamente desde el nacimiento del menor hasta la entrada en su mayoría de edad, lo que concede al menor, en una medida correspondiente y creciente, márgenes de maniobra para un desarrollo no reglamentado”).

6 Sobre estos preceptos, *cf.* sólo Schünemann, nota 3, pp. 63 y 64, y Sagenstedt, nota 5, pp. 474 y ss., con ulteriores indicaciones.

Los preceptos alemanes citados tienen el siguiente texto:

§ 357 StGB: “1. La autoridad que induzca a sus subordinados a cometer un hecho delictivo durante el ejercicio de sus funciones o que lo

También se admite que un cónyuge no puede ser hecho responsable en comisión por omisión por los delitos cometidos por el otro cónyuge,⁸ y, asimismo

provoque o que *permita que suceda* el hecho antijurídico de sus subordinados, será castigada con la pena amenazada para ese hecho antijurídico. 2. La misma disposición se aplicará al servidor público al que se le ha transferido la vigilancia o el control sobre los asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último servidor público pertenezca a los asuntos sometidos a la vigilancia o al control”.

§ 30.1 y 2, WStG: “Quien maltrate físicamente a un subordinado o le cause daños en su salud será castigado con la pena de tres meses hasta cinco años de privación de libertad. La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con infracción de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho contra otro soldado”.

§ 31.2, WStG: “La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con infracción de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho [tratar indignamente a un subordinado] contra otro soldado”.

7 En el derecho penal español véanse, también, y por ejemplo, los artículos del CP, 176 (“*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes* [que tipifican torturas cometidas activamente por funcionarios] a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, *permitiere* [*sic*] que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”), y 432 (“La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere [*sic*] o *consintiere* [*sic*] que un tercero, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga [*sic*] a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá [*sic*] en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años”).

8 Cfr. sólo Geilen, *FamRZ*, 1961, p. 148; Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 231; Göhler, *FS für Dreher*, 1977, p. 620; Ranft, *JZ*, 1987, p. 911; Jakobs, nota 5, 29-37 y 63; SK-Rudolphi, nota 1, § 13, nn. mm. 20 y 52; Seebode, *FS für Spindel*, 1992, p. 340; LK-Jescheck, 11a. ed., 1993, § 13, n. m. 43 (“El deber de la comunidad de vida matrimonial [§ 1353 BGB] al que

—si bien no unánimemente—,⁹ que —independientemente de las divergencias de opinión que surgen ocasionalmente para solucionar los casos concretos—¹⁰ el titular de la vivienda sólo puede ser hecho responsable —como autor o partícipe en comisión por omisión— por las lesiones de bienes jurídicos cometidas por otras personas dentro de su vivienda “cuando la vivienda misma, por su estructura o situación de lugar, ha sido aprovechada para

apela la jurisprudencia sólo abarca la protección y la ayuda a favor del otro cónyuge, pero no la salvaguardia contra éste de bienes jurídicos ajenos”); Baumann/Mitsch, *Strafrecht AT*, 10a. ed., 1995, § 15, n. m. 55; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5a. ed., 1996, § 9, nn. mm. 56 y 57; Schönke/Schröder/Stree, nota 5, § 13, n. m. 53; Köhler, *Strafrecht AT*, p. 217; Kühl, nota 5, § 18, n. m. 79; Wessels/Beulke, *Strafrecht AT*, 28a. ed., 1998, n. m. 724; Freund, *Strafrecht AT*, 1998, § 6, n. m. 79.

9 Cfr., por ejemplo, Landscheidt, nota 5, p. 101; Köhler, nota 8, p. 221 (“Así, por ejemplo, el derecho sobre habitaciones [el derecho de casa] no puede fundamentar una obligación especial de impedir allí los hechos injustos cometidos por otros o de evitar sus ulteriores consecuencias; hay que atenerse a los deberes generales de socorro y de denuncia de delitos [recogidos en el derecho positivo en los §§ 323 c y 138]”); Freund, nota 8, § 6, n. m. 76 (“El mero abuso de una vivienda por un tercero para la comisión de un hecho punible no permite fundamentar una responsabilidad especial del titular de la vivienda. Esto rige —en contra de una extendida opinión— incluso para el caso especial de que no se pueda concebir a la vivienda como un lugar discrecionalmente intercambiable de la comisión del hecho punible, sino que, en virtud de su peculiaridad, favorezca de alguna manera el hecho punible”).

10 Cfr., por ejemplo, Naucke, *JR*, 1977, p. 292.

el hecho punible”,¹¹ mientras que todavía no se ha alcanzado un resultado definitivo sobre el problema de si el funcionario de policía ha de ser considerado como garante por los hechos punibles que no ha evitado.¹²

II

a) Después de esta fragmentaria y meramente descriptiva introducción sobre en qué casos la ciencia del derecho penal, según el estado actual de la discusión, imputa a otro, como omisión impropia, el delito no impedido cometido por un autor plenamente responsable, me voy a ocupar en lo que sigue de la cuestión de si existen casos en el derecho penal de empresa en los que el superior puede ser hecho responsable, en comisión por omisión, por no evitar los hechos punibles de sus empleados.

11 LK-Jescheck, nota 8, § 13, n. m. 44, con ulteriores indicaciones. *Cfr.*, también, en el mismo sentido, Blei, *Strafrecht AT*, 18a. ed., 1983, p. 329; Schönemann, *ZStW*, 96 (1984), p. 310; Rudolphi, *NSiZ*, 1984, p. 154; SK-Rudolphi, nota 1, § 13, n. m. 133; Wessels/Beulke, nota 8, n. m. 720; Schönke/Schröder/Stree, nota 5, § 13, n. m. 154; Kühl, nota 5, § 18, n. m. 115. Otra fundamentación (“elemento de confianza”) con otros resultados en Otto, nota 8, § 9, n. m. 89.

12 Sobre el estado de las opiniones, *cfr.* Gimbernat, *ZStW*, 111 (1999), p. 313, nn. 35 y 36, y, reciente y detalladamente, Pawlik, *ZStW*, 111 (1999), pp. 335 y ss.

b) Sobre esta cuestión se encuentran en la dogmática alemana dos concepciones discrepantes. Según una teoría desarrollada sobre todo por *Schünemann*, y a la que se han adherido, entre otros, *Landscheidt*, *Brammsen*, *Rogall*,¹³ *Jakobs*,¹⁴ *Seelmann*¹⁵ y *Stree*, el titular del establecimiento responde por no evitar los hechos punibles cometidos por sus empleados cuando el comportamiento del autor inmediato puede ser calificado de “delito de grupo” (*Verbandsdelikt*)¹⁶ o de “hecho vinculado al establecimiento” (*betriebsbezogene Tat*)¹⁷ —es decir: cuando el “autor ha actuado en interés de la empresa”¹⁸—, de donde se hace seguir,

13 Cfr. *ZStW*, 98 (1986), pp. 617 y ss.

14 Cfr. nota 5, 29/36.

15 Véase nota 4, § 13, n. m. 131: “Igualmente hay que valorar la situación en la que el dueño del negocio (<*Geschäftsherr*>) puede dominar la situación sobre la base de un acopio de información... En estos casos el dueño del negocio se encuentra en una posición de garante”.

16 Cfr. *Schünemann*, nota 5, pp. 105 y 106; él mismo, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*, 1982, p. 45; LK-*Schünemann*, 11a. ed., 1993, § 14, nn. mm. 14 y 65.

17 Véase *Göhler*, *FS für Dreher*, 1977, p. 621; *Landscheidt*, nota 5, p. 115; *Brammsen*, nota 5, p. 276; *Rogall*, *ZStW*, 98 (1986), p. 618. Cfr., también, *Schönke/Schröder/Stree*, nota 5, § 13, n. m. 52: “Este [*sc.* un deber de evitar por parte del titular del establecimiento] puede... sólo apoyarse cuando el miembro del establecimiento abusa de su posición en el establecimiento y de éste mismo para cometer un hecho punible (hecho punible vinculado al establecimiento). En los hechos punibles cometidos por personal del establecimiento con ocasión de una actividad del establecimiento el titular de éste no puede ser hecho responsable por la no intervención”.

18 *Schünemann*, nota 5, p. 106; él mismo, *Zeitschrift für Wirtschaft*,

entre otras consecuencias, que, por ejemplo, el dueño del negocio está obligado como garante a evitar los “negocios ilegales” que “el empleado realiza en el interés supuesto o real del titular de la empresa”:¹⁹ “El propietario del casino debe intervenir contra las manipulaciones de su personal durante el juego, de la misma manera que lo deben hacer el propietario de la discoteca o del bar contra el tratamiento discriminatorio o, incluso, violento de su portero contra, por ejemplo, clientes de color”,²⁰ y exactamente como el “hotelero” estaría obligado “a impedir que el camarero sustrajera la billetera de la ropa depositada por el huésped”.²¹

Steuer und Strafrecht, 1982, p. 45 (cursivas en el texto original). Véanse también, de él, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, pp. 439 y 440; Schubarth, *SchwZStr*, 92 (1976), pp. 387, 392 y 393.

19 Landscheidt, nota 5, p. 114.

20 Landscheidt, *op. cit.*, p. 116. En el mismo sentido véase, también, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 36.

21 Landscheidt, *op. cit.*, pp. 116 y 117. Véase, también, Brammsen, nota 5, p. 277: “¿No se espera acaso del titular de una pequeña fábrica de armas que impida que sus empleados comprueben la funcionalidad y precisión de una pistola recién desarrollada y disparen contra el jefe del almacén, el cartero o los clientes, lesionándolos así mortalmente?... Sin embargo, hay que tener en cuenta que en muchos casos de la llamada <pequeña criminalidad>, como, por ejemplo, injurias, hurtos o estafas de poca entidad, la víctima está perfectamente en situación de defenderse de manera efectiva, por lo que, por ello, no se espera una evitación del resultado. Sólo cuando se trata de la lesión de bienes jurídicos elementales, como la integridad física, la vida o la libertad de manifes-

Schünemann fundamenta la tesis por él establecida sobre los “delitos de grupo”,²² de que en ellos el dueño del negocio está obligado, como garante, por no evitar los hechos punibles de sus empleados, de la siguiente manera:

Junto a la posición de garante sobre la base del dominio sobre las cosas y sobre actividades vinculadas a cosas peligrosas figura *la responsabilidad como garante del superior por las acciones de sus subordinados* que resulta —independientemente de la responsabilidad del propio subordinado— del dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa.²³

tación y de decisión de voluntad, se espera generalizadamente una intervención —a cuyo cumplimiento se orienta la sociedad— del dueño del negocio”.

22 En cambio, en los “hechos cometidos con extralimitación” (*Exzeß-taten*) el director de la empresa no respondería. *Cfr.* *Schünemann*, nota 3, p. 105 (“La distinción, establecida ya dentro del marco del análisis criminológico, entre delitos de grupo y hechos cometidos con extralimitación, posee, en consecuencia, una significación clave para la responsabilidad como garante, ya que el hecho de grupo es expresión del dominio del grupo y, por ello, su no evitación constituye una omisión equivalente a la acción, mientras que en el hecho cometido con extralimitación no existe una intermediación a través de la organización del grupo, sino que se ejecuta por el autor sólo con ocasión de su inserción en el grupo, de tal manera que aquí, aunque existiera una posibilidad de evitación, ello no sería una emanación del dominio actual en la empresa, por lo que, en consecuencia, tampoco puede fundamentar una equivalencia con la comisión”).

23 *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*, 1982, p. 45 (cursivas en el texto original).

Este “dominio” descansaría tanto “en el *poder de dar órdenes* proporcionado por el derecho de dirección del patrono” como también “en el preponderante *acopio de información* del superior”, por lo que, “en principio”, habría que partir de que “cuando el autor por comisión actúa en interés de la empresa... habría podido ser reconducido a un comportamiento conforme a la norma mediante una dirección, control y coordinación apropiados [*sc. por parte del dueño del negocio*]”,²⁴ de tal manera que, en los resultados, incluso se podría hablar de una “inimputabilidad parcial” del trabajador.²⁵

24 Schünemann, *op. cit., loc. cit.* (cursivas en el texto original). Cfr., también, de él, nota 3, pp. 101, 102, 104; también de él, *ZStW*, 96 (1984), p. 318; LK-Schünemann, nota 16, § 14, n. m. 65.

25 Véase Schünemann, nota 3, pp. 89 (“Para evitar malentendidos hay que indicar, dentro de esta conexión, que por <inimputabilidad parcial> no entiendo una limitación natural [biológico-psicológica] de la capacidad humana de gobernabilidad, sino el poder de mando, anclado jurídicamente y fácticamente existente, de una persona sobre otra persona”), 102 (“Por <inimputabilidad parcial> hay que entender únicamente el deber de obediencia que existe en un determinado sector, como no puede ser negado que concurre en el trabajador”), 108. Véase también, en el mismo sentido, Landscheidt, nota 5, p. 114 (“responsabilidad parcial” “inimputabilidad parcial”). En contra Bottke, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 61 y 62: “El topos de la <inimputabilidad parcial> de las personas sometidas al poder de mando en el establecimiento enmascara que, de acuerdo con las reglas jurídicamente fundamentadoras de la pena en la responsabilidad propia jurídico-penal, la vinculación de los sometidos a órdenes en una jerarquía empresarial ni suprime en su totalidad la responsabilidad del subordinado ni tam-

c) Contra la tesis de que en los <delitos de grupo> al director de un establecimiento mercantil le correspondería el deber de evitar, objeta Rudolphi²⁶ que

...ni la facultad directiva del dueño del negocio en referencia a la ejecución de los trabajos encomendados, ni su posiblemente superior acopio de información, pueden suprimir la responsabilidad propia del subordinado. De acuerdo con ello, sólo se podría afirmar una responsabilidad como garante del dueño del negocio por acciones de sus subordinados cuando fuera posible deducir de nuestro ordenamiento jurídico que éste imponía también al dueño del negocio la responsabilidad por los hechos antijurídicos de los empleados. Pero no es este el caso. Contra una posición general de garante del dueño del negocio habla la falta de un precepto que se corresponda con el § 357... Por consiguiente, hay que rechazar una responsabilidad general del dueño del negocio.²⁷

poco, y ni siquiera, la disminuye en parte. La expresión acuñada de la <inimputabilidad parcial> puede desempeñar, ciertamente, un papel criminológico, pero empleada jurídico-penalmente no tiene en el derecho vigente valor alguno de cobertura; carece de relevancia suficiente para fundamentar una autoría mediata por omisión”.

26 SK-Rudolphi, nota 1, § 13, n. m. 35 a.

27 En el mismo sentido LK-Jescheck, nota 8, § 13, n. m. 45: “Por el contrario, no existe una disposición general para el sector de la economía privada que se corresponda con el § 357, para funcionarios, y con el § 41, WStG, para superiores militares, y, por consiguiente, tampoco puede ser reconocida por la vía de introducir un delito impropio de

III

Sobre la base de la teoría del incremento del riesgo, de Roxin —“el científico del derecho penal más importante y más famoso de la segunda mitad del siglo XX”, como tuve ocasión de expresar con motivo de una solemne ceremonia—, he intentado

omisión. Hay que rechazar una posición general de garante del titular del establecimiento por los hechos punibles cometidos en el establecimiento por los empleados”; Bottke, nota 25, pp. 51 y 52. “El —de acuerdo con la organización interna de la empresa— subordinado ni está siempre exonerado, según las reglas jurídico-penales fundamentales de la pena, ni tiene siempre conocimientos menos relevantes del peligro que el superior, ni tampoco las empresas o establecimientos, cuyos hechos punibles vinculados al establecimiento pueden ser coexplicados mediante una actitud criminógena del grupo, se convierten por esa actitud del grupo en aparatos de poder aciviles, como lo pueden ser el régimen de Hitler o el de Pol Pot. En consecuencia, no es posible hacer responder siempre, como autor mediato en comisión por omisión, a quien no impide los hechos punibles vinculados al establecimiento de sus empleados, quienes, según las reglas generales, actúan con responsabilidad propia, por mucho que lo hagan <bajo la influencia que ejerce el poder de grupo sobre el autor (inmediato)>, no es posible castigarles, pues, en analogía a la autoría mediata en virtud de la utilización de un aparato organizado de poder... Por el contrario, solamente se puede imponer la pena de un autor mediato en comisión por omisión a un —conforme a la organización interna de la empresa— superior que, en contra del deber de aseguramiento, no impide el hecho punible vinculado al establecimiento de un subordinado, cuando el superior condiciona el hecho mediante el ejercicio actual de un dominio conformador, que ha asumido organizativamente, y que es relevantemente superior al ejercicio de poder de quien actúa de manera inmediata”; Schumann, nota 2, p. 76; Heine, nota 2, pp. 116 y ss. Confuso Köhler, nota 8, pp. 222-224.

fundamentar, recientemente,²⁸ la tesis de que sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro *preexistente* prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien —para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado— lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a derecho.

a) De lo que se trata ahora es de aplicar estos principios desarrollados en mi artículo de la *ZStW* que acabo de mencionar —y al que aquí me remito *in totum*— a la comisión por omisión por no evitar hechos punibles en el derecho penal de empresa, para lo cual quiero empezar con un supuesto de hecho extraído de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español que contiene una combinación de derecho penal de empresa y derecho penal médico.

En la sentencia del TS del 4 de septiembre de 1991 se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia *permanente* del foco de peligro: “paciente que se somete a una operación”, como también al cirujano jefe director de la operación, como al director del establecimiento

28 Cfr. Gimbernat, *ZStW*, 111 (1999), pp. 316 y ss. y *passim*.

hospitalario en el que se produjo la muerte, y todo ello porque el anestesista, infringiendo su deber, abandonó el quirófano donde se operaba al paciente fallecido para vigilar otra intervención que estaba teniendo lugar en otra sala del mismo hospital, porque el cirujano jefe que dirigía la operación toleró esa ausencia contraria a la *lex artis*, y porque el director del establecimiento hospitalario estaba consciente de que su centro no disponía de suficientes anestesistas para observar todas las operaciones quirúrgicas que se desarrollaban simultáneamente en los distintos quirófanos del hospital.

En una intervención quirúrgica, y también en la gestión empresarial de un hospital, estamos ante actividades estructuradas jerárquicamente que sólo pueden ser ejecutadas adecuadamente si se organizan conforme al principio de la división del trabajo.²⁹ Si la operación tiene lugar en circunstancias normales y si el anestesista *presente en la operación* comete un error médico dentro de su exclusivo campo de competencia, entonces no es defendible ni una responsabilidad del cirujano jefe ni tampoco del director del hospital, pues tanto aquél como éste tienen que ejercer, por su parte, sus res-

29 Cfr., por ejemplo, Schünemann, nota 3, pp. 30, 34; también de él, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*, 1982, p. 42; Rogall, *ZStW*, 98 (1986), p. 576.

pectivas y propias competencias médicas y empresariales, que descuidarían si se entrometieran en las tareas asignadas al anestesista. Pero como en el supuesto de hecho de la sentencia del TS del 4 de septiembre de 1991 de lo que se trata es de una imprudencia manifiesta del anestesista —el abandono del quirófano— directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, y como, asimismo, tampoco se le podía haber escapado al director del hospital que no era posible cumplir con la presencia permanente —y exigida por la *lex artis*— de los anestesiólogos en las distintas operaciones que se llevaban a cabo en el hospital, porque, a la vista del número de intervenciones, no se contaba con los suficientes especialistas para ello, de ahí que tanto el operador como el titular del establecimiento hospitalario deban ser considerados garantes secundarios,³⁰ a los que hay que imputar la muerte del paciente en comisión por omisión.

30 Cfr. Schünemann, nota 3, pp. 95 (“...la persona más cercana a la cosa [*Sachnächste*] que ejerce el dominio inmediato sobre la cosa posee también la responsabilidad primaria de garante”), 98 (“El contenido normal de los deberes secundarios de garante son la coordinación y el control, sin que con ello queden agotadas ya todas sus reservas. Porque si, en el ejercicio de su deber de control, se pone de manifiesto que los encargados de la ejecución no observan sus deberes de garante de la manera exigida, entonces la posición de garante resultante del supradominio desencadena la obligación de subsanar esa deficiencia, esto es: de dar las informaciones u órdenes necesarias, y, en caso de necesidad, incluso de destituir al garante primario que está actuando deficien-

El omitente a quien hay que reconducir *inmediatamente* la muerte del paciente es, ciertamente, el anestesista, quien, al no adoptar las medidas de precaución a las que está obligado, permitió que el riesgo permitido fuera sobrepasado efectivamente: como no estaba presente en el quirófano no pudo observar ni, por consiguiente, tampoco remediar las complicaciones que surgieron en el paciente y que, finalmente, desembocaron en su muerte. La responsabilidad del cirujano jefe y del director del establecimiento hospitalario no resulta *directamente* de que tengan que impedir, *en sí*, el delito impropio de omisión imprudente del anestesista miembro del establecimiento, ni tampoco de que aquí estemos ante un “delito vinculado al establecimiento”, ni tampoco, finalmente, de que el omitente inmediato haya permanecido inactivo “en interés de la empresa” o

temente. Pues como, mediante la transferencia de partes de sus facultades de dominio, el titular de la cocustodia y en lo que se refiere a la ejecución inmediata, está haciendo cumplir ésta, en cierta manera, mediante sustitutos, si reconoce la insuficiencia de esa sustitución debe ocuparse del remedio correspondiente en observancia de sus facultades de dirección. La misma idea de Schünemann (*cf.* también de él, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*, 1982, p. 44) en relación con los deberes de los garantes primarios y secundarios —si bien, a veces, con otra terminología— es defendida por Rudolphi, *FS für Lackner*, 1987, p. 874 (“garante subsidiario”); Schmidt-Salzer, *NJW*, 1990, p. 2968 (“deber secundario de garante”); Meier, *NJW*, 1992, p. 3195 n. 17; Vogel, *GA*, 1993, p. 263; LK-Jescheck, nota 8, § 13, n. m. 28 (“garante originario”).

de que fuera “parcialmente inimputable”. Las omisiones impropias imputables a ambos superiores encuentran su explicación, más bien, en que, como “garantes secundarios”, estaban obligados —ahora sí, *directamente*— a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión —en este caso: un paciente que se estaba sometiendo a una operación—, de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era reconducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso —por ejemplo, el anestesista habría abandonado el quirófano con la intención de matar al paciente—. Con otras palabras: como la responsabilidad *directa* de los dos superiores se extendía a vigilar la no desestabilización del foco de peligro,³¹ responden *indirectamente* en comisión por omisión también por no evitar cualquier hecho punible imprudente o doloso de terceros siempre que —y sólo entonces— este hecho punible haya tenido *precisamente* el efecto de alterar el equilibrio conforme a derecho del foco.

En el caso “Alcalá 20” (TS, del 17 de junio de 1995) estamos ante la responsabilidad de seis titulares

31 “Pues es perfectamente posible y legítimo colocar a *varios garantes* para la protección de un bien jurídico especialmente amenazado o para la vigilancia de fuentes de peligro especialmente intensivas” (Rudolphi, nota 30, p. 869, cursivas añadidas).

de un establecimiento por no evitar un posible hecho punible doloso cometido por un tercero. En el incendio de esta discoteca madrileña, el 17 de diciembre de 1983, en el que perecieron más de ochenta personas y resultaron lesionados numerosos clientes, se produjeron esos resultados catastróficos porque los titulares de la empresa, condenados por homicidios, lesiones y daños imprudentes, infringieron masivamente los preceptos administrativo en relación con las medidas de prevención de incendios que debían ser instaladas en el local. Ciertamente que los acusados adujeron en su defensa que no pudo ser excluido, ni por el tribunal de instancia ni por el TS, que el suceso hubiera podido tener su origen en un incendio *doloso* cometido por un desconocido, de modo que la sentencia —en opinión de los acusados— habría tenido que partir, *in dubio pro reo*, de que el local había sido incendiado *intencionadamente* por un cliente no identificado, con la consecuencia de que la no excluible responsabilidad dolosa de un tercero desconocido debería haber llevado a una especie de prohibición de regreso en relación con los autores que sólo habían actuado imprudentemente. Pero este argumento exculpatório fue rechazado por los dos tribunales. Con razón, como se deduce tanto de la justicia material como del fin de protección de la norma.

Si se hubiera partido, con los acusados, de que, en el caso de un incendio provocado intencionadamente, sólo hubiera podido ser hecho responsable el autor que actuaba dolosamente, pero no los titulares de la empresa que se comportaron imprudentemente, entonces, *e injustamente, nadie habría respondido* —dado que el posible autor doloso nunca pudo ser identificado— *de las muertes, lesiones y daños producidos* a pesar de que éstos *también* tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente por parte de los directores de la empresa de las medidas prescritas de prevención de incendios.

Por lo que se refiere al fin de protección de la norma, hay que indicar que las normas extrapenales que prescriben qué instalaciones de prevención de incendios deben existir en locales públicos en los que se congregan importantes concentraciones de personas persiguen impedir, en lo posible, un incendio —en la discoteca “Alcalá 20”, por ejemplo, no se habían ignifugado ni las cortinas ni los restantes revestimientos textiles— y —para el caso de que, a pesar de ello, se declare un incendio— combatir eficazmente las llamas —en “Alcalá 20” no se habían instalado en la medida exigida ni extintores ni bocas de riego— y facilitar una rápida evacuación de los clientes —las salidas de emergencia, en contra de lo prescrito por el derecho de policía, eran escasas y demasiado estrechas—; que, por consi-

guiente, todas estas normas extrapenales persiguen mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y para las cosas en el caso de que se declare un incendio, y que *tan incendio* es el que surge de un cortocircuito como el que tiene su origen en una mano asesina que prende fuego con una cerilla a una cortina no ignifugada.³²

Con otras palabras: la hipótesis del TS de que no cabía excluir que la discoteca hubiera sido incendiada por un tercero no puede hacer desaparecer la responsabilidad imprudente de los directores de la empresa, pues las instalaciones de prevención de incendios previstas en el derecho de policía —como ya se ha expuesto— están ahí precisamente para reducir en lo posible los efectos negativos para personas y para cosas de cualquier incendio que se declare, independientemente de cuál es el motivo material o humano que ha originado las primeras llamas.³³

32 Sobre el “caso [alemán] del incendio de la vivienda”, estrechamente relacionado dogmático-jurídico-penalmente con el “caso [español] Alcalá 20”, *cfr.* las distintas opiniones en Schünemann, *JA*, 1975, p. 718; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 383, n. 570; Freund, nota 5, pp. 231 y 232; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5a. ed., 1996, § 54, IV 1; Roxin, *Strafrecht AT I*, 3a. ed., 1997, § 24/31.

33 Prescindiendo de las ya existentes y deficientes instalaciones de prevención de incendios, naturalmente que los garantes primarios, y, en su caso, los secundarios, seguían estando obligados a vigilar y a impedir que el peligro de incendio, que se encontraba ya por encima del riesgo permitido, pudiera hacerse aún más crítico y traducirse, con ello,

b) En la sentencia del TS del 23 de marzo de 1992 (caso de la colza) el supuesto de hecho era el siguiente: los acusados (importadores y distribuidores del producto) habían introducido en España cantidades ingentes de aceite de colza, destinado exclusivamente a usos industriales, y que, por ello, y de acuerdo con las correspondientes disposiciones administrativas, había sido desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina. No obstante, el aceite se introdujo en el mercado de comestibles, siendo obviamente infructuosos los esfuerzos de los empresarios de eliminar la anilina del aceite, ya que entre los consumidores se declaró una enfermedad hasta entonces desconocida (y denominada “síndrome tóxico”) que, como consecuencia de una lesión de los vasos sanguíneos de los afectados, produjo —en la que ha sido probablemente la mayor tragedia humana de la reciente historia española— una enferme-

en lesiones de bienes jurídicos, ya como consecuencia de un accidente, ya del hecho doloso o imprudente de un tercero. Si, como en el “caso Alcalá 20”, el foco de peligro ha sobrepasado ya el riesgo permitido, entonces concurre ya, completo, el *desvalor de acción* del delito imprudente, pero el dueño del negocio tiene todavía la oportunidad —evitando, por ejemplo, un accidente o el hecho punible de un tercero— de impedir lesiones de bienes jurídicos (*el desvalor de resultado*) y de eludir, con ello, su responsabilidad por homicidios y lesiones imprudentes (o, en su caso y excepcionalmente, dolosos).

dad crónica y muy grave en más de 15,000 personas, de las cuales fallecieron 330.

Entre los numerosos problemas de los que tuvo que ocuparse el TS en la mencionada sentencia, uno de ellos era el de si Fernando B., que había sido absuelto por el tribunal de instancia y de quien “no se había probado una participación activa... en los envíos de aceite”, podía ser hecho responsable, como uno de los dos titulares de una de las empresas (RAPSA) que había distribuido en España el aceite desnaturalizado, por *imprudencia* al no evitar los homicidios y las lesiones que le habían sido imputados doloso-eventualmente al otro titular de la empresa, Juan Miguel B., a quien la sentencia califica de “auténtico director y gestor de todas las operaciones comerciales”. El TS, revocando en este punto la sentencia de la Audiencia Nacional, se limitó a condenar a Fernando B. por un delito imprudente contra la salud pública en comisión por omisión, sin llegar a hacerle responsable —como, en mi opinión, hubiera sido lo correcto— por las muertes y las lesiones producidas. Aquí tenemos que ocuparnos, de nuevo, de un caso en que el delito no evitado de otro —cometido esta vez con dolo eventual— *consistió precisamente en incidir de tal manera sobre un foco de peligro* (alimentos) que, con la comercialización del producto, el riesgo permitido fue ampliamente sobrepasado. Ciertamente que Fernando B.

desempeñaba en la empresa RAPSA un papel considerablemente más subordinado que el de Juan Miguel B., pero tampoco tan insignificante —era el “jefe inmediato de los almacenes y de la factoría”— como para no estar obligado —tal como estableció, correctamente, el TS— a vigilar el foco de peligro. Si, por consiguiente, Fernando B. tenía que vigilar que los productos que la empresa vendía a los consumidores llegaran a éstos en buen estado, entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito del aceite adulterado, pues el aceite está *igual de adulterado* cuando estas deficiencias son reconducibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo, a un hecho punible doloso-eventual), por lo que también aquí es perfectamente compatible, sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso, condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por no evitar la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro “aceite”, cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores.

IV

De todo lo expuesto hasta ahora, y de forma generalizada, se deduce, en relación con la responsabilidad en comisión por omisión en el derecho penal de empresa, lo siguiente.

a) El dueño del negocio sólo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir, en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos.

b) De ahí se sigue que ni los garantes primarios, ni, en su caso, los secundarios, responden por no evitar cualquier clase de delitos cometidos por terceros: las cuestiones decisivas no residen en si el delito no impedido es un hecho de grupo o uno cometido con extralimitación, si el responsable inmediato es una persona perteneciente o ajena al establecimiento,³⁴ ni tampoco en si el autor ha actuado u omitido en interés o en perjuicio de la empresa. Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es *si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* —e independientemente de si se cometió en

34 Así, sin embargo, y entre otros, Landscheidt, nota 5, p. 111: "De ahí que sólo entre en consideración una posición de garante de vigilancia en relación con el personal propio". *Cfr.*, también, en el mismo sentido, Schubarth, *SchwZStr*, 92, 1976, pp. 390 y 391; Schönke/Schröder/Stree, nota 5, § 13, n. m. 54.

interés o en perjuicio de la empresa— *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos*. Por consiguiente, también ha de rechazarse —*porque no se trata de hechos relacionados con el foco de peligro*— que el dueño que permanece inactivo del negocio tenga que responder por un delito impropio de omisión por no evitar eventuales hechos cometidos en el establecimiento tales como hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones por parte del crupier del casino o por acciones violentas del portero de una discoteca, y ha de rechazarse porque, por una parte, estos hechos punibles no tienen nada que ver con los *auténticos* focos de peligro de cuyo control está encargado el director de la empresa (por ejemplo, edificios en construcción, fabricación o suministro de alimentos, medicinas o automóviles), y porque, por otra parte —y como expone *Schünemann* con todo acierto—, “al menos sería difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje denominar a un trabajador una <fuente de peligro> que tiene que ser vigilada por el superior”.³⁵

35 *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*, 1982, p. 43. Por ello tampoco puedo adherirme a la doctrina dominante (*cfr.*, por ejemplo, Schubarth, *SchwZStr*, 92, 1976, p. 393 y *passim*; Landscheidt, nota 5, p. 114; Brammsen, nota 5, pp. 275 y 276; Jakobs, nota 5, 29/36; SK-Rudolphi,

Si, como sucedió en el caso “Alcalá 20”, el foco de peligro “local público” estaba ya desestabilizado por la no observancia de los preceptos de prevención de incendios previstos por el derecho de policía, a consecuencia de un comportamiento imprudente *anterior* de los directores del establecimiento, entonces éstos no pueden acogerse a una prohibición de regreso si el posible hecho doloso de un tercero —independientemente de si fuera o no evitable para los garantes— ha incidido sobre el foco de tal manera que ha sido el que, en última instancia, ha desencadenado el incendio; pues las instalaciones de prevención de incendios ajustadas al derecho de policía e inobservadas, sin embargo, por los titulares del establecimiento están ahí precisamente para contener, en lo posible, las lesiones de

nota 1, § 13, n. m. 35 a; Ransiek, nota 20, p. 36) cuando opina que en el “caso Bührle” el inactivo dueño del negocio responde del contrabando de armas de sus empleados. En una fábrica de armas, lo mismo que en una de cigarrillos, las *auténticas* amenazas provenientes de focos de peligro residen *solamente* en que, como consecuencia de un motivo reconducible a una causa material o personal (típicamente antijurídica) evitable puedan explotar las armas o quemarse los barriles de tabaco a causa, por ejemplo, de un almacenamiento deficiente. Pero si los empleados del establecimiento, ilícitamente, suministran armas a terceros países o hacen contrabando de cigarrillos, una responsabilidad del respectivo dueño del negocio sería incompatible tanto con consideraciones de equivalencia de la omisión con la acción, como con el uso del lenguaje, que impide que se pueda considerar <fuente de peligro> a los subordinados plenamente responsables.

bienes jurídicos que pueden producirse potencialmente en un incendio, ante lo que es indiferente qué origen concreto, material o personal (es decir, un ulterior comportamiento fortuito, imprudente o doloso de un tercero) tuvieron las llamas que hicieron arder el local.

c) Si se está encargado del control del riesgo de un foco de peligro preexistente, entonces el deber del garante consiste en vigilarlo *no sólo al principio*, sino durante todo el tiempo que esté bajo su supervisión. Por ejemplo, el cirujano que interviene en una operación de, en principio, relativamente bajo riesgo tiene que proteger el foco de peligro “paciente” contra cualquier complicación inesperada, de tal manera que también se encuentra obligado —variando ligeramente el supuesto de hecho, ya estudiado, de la sentencia del TS del 4 de septiembre de 1991 (supra III a)— a *evitar* el comportamiento imprudente que está a punto de cometer una enfermera durante la operación; si, en contra de su obligación, no lo hace, y el paciente fallece en la mesa de operaciones, entonces el médico responderá de un homicidio imprudente en comisión por omisión, pues existe certeza de que la causa de la muerte reside en el foco de peligro (en este caso: en el paciente mismo),³⁶ y también de que si el ciruja-

36 Cfr. Gimbernat, *ZStW*, 111, 1999, pp. 331-332.

no hubiera adoptado las correspondientes medidas de precaución para evitar un hecho punible imprudente de su subordinada, el foco se habría seguido manteniendo dentro del riesgo permitido.

Análogamente, aunque los titulares del establecimiento “Alcalá 20” —a diferencia de lo que sucedió en el supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia del TS— hubieran mantenido el foco de peligro, en un principio, dentro del riesgo permitido, habrían sido responsables, como autores de una omisión impropia, si no hubieran impedido, pudiendo hacerlo, el incendio imprudente o doloso cometido por un tercero, pues —como ya se ha expuesto— estamos ante una comisión por omisión no sólo cuando el obligado a ello, al no adoptar las correspondientes medidas de precaución, permite la desestabilización del foco de peligro, sino también cuando prescinde de dar los pasos necesarios para controlar el foco de peligro a su cargo cuando éste va a ser desestabilizado por el hecho punible de otra persona.

LA PENA DE MUERTE EN EL SISTEMA DE LOS FINES DE LA PENA*

Christian JÄGER**

Tan sólo cien de los ciento noventa y cuatro Estados del mundo han suprimido la pena de muerte tras la declaración de la organización de derechos humanos Amnistía Internacional. Por lo que respecta a las democracias occidentales, únicamente en los Estados Unidos de Norteamérica se conserva, todavía, la pena de muerte en treinta y ocho de los cincuenta Estados de la Unión en los casos de comisión de delitos graves.¹ México ocupa ciertamente un lugar especial, ya que el artículo 22 en relación con el artículo 73, fracción 21, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos conserva la pena

* Traducción de Miguel Ontiveros Alonso (México) y Minor Enrique (Costa Rica) del original “Die Todesstrafe im System der Strafzwecke”, conferencia dictada los días 6 y 8 de septiembre de 2000 en la UNAM (México, D. F.) y en la Universidad Autónoma de Baja California (Tijuana).

** Asistente científico en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Munich.

1 Hohmann, *Jura*, 2000, p. 286.

de muerte contemplando su regulación mediante ley ordinaria, es decir, sin reforma constitucional y reservando su aplicación para algunos casos específicos.² Es por ello que la discusión en torno a la pena de muerte se ha, por así decirlo, institucionalizado. Por eso es importante analizar constantemente los argumentos a favor y en contra de la pena de muerte. El punto de vista teológico³ juega, junto a los aspectos jurídico filosóficos, un rol relevante. Sin embargo, limito mi trabajo, esencialmente, a la dimensión jurídica del problema, debido a que la teología no puede suministrar, en todo caso, una explicación jurídica desde una óptica metafísica.

Cuando se discute sobre la legitimación de la pena de muerte⁴ se manifiestan, habitualmente, al-

2 Esta reserva la contemplan en total veintiocho Estados, entre ellos, Canada, Israel y la Gran Bretaña.

3 En este sentido, Geiger, en Geiger/Saner/Stratenwerth, *Nein zur Todesstrafe*, pp. 11 y ss.

4 Véase, de entre la extensa literatura, Baumann, *Die Todesstrafe im System strafrechtlicher Reaktionen*, en *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1969; él mismo, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1960, pp. 73 y ss.; Bockelman, en *Bemühungen um das Recht*, pp. 81 y ss.; Ebbinghaus, *Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit*; Flieger, *Todesstrafe*, 1982; Geiger/Saner/Stratenwerth, *Nein zur Todesstrafe*, 1978.; Hohmann, *Darf ein Staat töten?*, Jura, 2000, pp. 285 y ss.; Lange, *Die Todesstrafe im Deutschen Strafrecht*, 1967; Maurach, *Juristische Argumente gegen die Todesstrafe*, en *Todesstrafe?*, 1960; Martis, *Die Funktionen der Todesstrafe, Eine Kritische Analyse zur Realität der Todesstrafe in der Gegenwart*, 1991; Sewing, *Studien zur Todesstrafe im*

gunas ideas a favor y en contra que no suelen ser del todo razonadas. No obstante, voy a intentar, a partir de ahora, reconducir la temática estrictamente a su relación con los fundamentos jurídicos de los fines de la pena.⁵

I. LA PENA DE MUERTE COMO MANIFESTACIÓN DEL PENSAMIENTO RETRIBUCIONISTA

Un argumento que se esgrime frecuentemente a favor de la pena de muerte es la necesidad de retribución. En este sentido hay dos aspectos de la retribución a diferenciar:

En primer lugar se sostiene que un hombre que ha matado, debiera morir. De este modo se vincula la necesidad de venganza de la sociedad a la pena mediante el principio “ojo por ojo, diente por diente”; así, la pena se orienta según la intensidad de la lesión del bien jurídico y no conforme al grado de culpabilidad. Aquí se trata, por tanto, del principio de justicia de la compensación representado por

Naturrecht, 1966; Wolf, J.-C., *Verhütung oder Vergeltung*, 1992, pp. 130 y ss.

5 Me remito, para ello, directamente a mi artículo intitolado “Problemas fundamentales del derecho penal”, publicado en la revista *Criminalia*, año LXVI, núm. 1, enero-abril de 2000, pp. 3-12.

Kant.⁶ Con esto la pena de muerte sería, en todo caso, una pena excepcional. Porque nadie —exceptuando al mundo islámico— ha recomendado seriamente que el autor que cometiese, por ejemplo, lesiones con dolo, se le ocasionaran las mismas lesiones como consecuencia del mal cometido, o, de otro lado, que la casa del incendiario fuese a su vez incendiada. Luego, que para los efectos del homicidio deban efectuarse consideraciones de otra índole, no puede ser debidamente aclarado mediante el pensamiento retribucionista.

De ahí que, como expresión del pensamiento retribucionista, se sostenga el argumento de la expiación para defender la pena de muerte. De esta forma, la problemática rebasa los contornos de la lesión del bien jurídico y se hace referencia a la medida de la culpabilidad del autor; luego, al autor de un homicidio calificado con un alto grado de culpabilidad se le debería aplicar la pena de muerte como el medio más tenaz de sanción penal.⁷ Este principio tiene alguna virtud, pero al final no convence. Debe tomarse en cuenta que el punto de vista de una culpabilidad absoluta del autor nunca podría averiguarse y tomar en cuenta las limitaciones humanas de posibi-

6 Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1798, pp. 453 y ss.

7 Respecto de la idea de justicia retributiva, véase Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, o bien, *Naturrecht und Staatsrecht im Grundrisse*, § 100.

lidad de conocimiento. Así lo ha constatado el criminólogo de Hamburgo Sieverts, quien en 1959 sostuvo:

La pena de muerte como una total extinción del condenado exige... una culpabilidad absoluta e indivisible del autor. No he visto todavía a criminal alguno que haya cometido un delito grave —hasta ahora han sido 57— que después del correspondiente estudio de personalidad y de las circunstancias del hecho colmara estos presupuestos. Una parte de las circunstancias de los hechos no contaron precisamente en contra de ellos, sino que fue la suerte la que ha jugado a su favor, y en parte, la carga de culpabilidad del ambiente social las que preservaron sus vidas.⁸

Quien afirme la absoluta culpabilidad de un autor debiera ineludiblemente demostrar la absoluta libertad de voluntad del mismo. Eso no es posible. Nosotros podemos solamente considerar *como* libre a un autor, sin poder saber, al fin y al cabo, si pudo verdaderamente conducirse de forma diferente.⁹ El reconocimiento de una culpabilidad jurídico-penal es, por consiguiente, un concepto en el marco de la ciencia experimental relativamente desarrollado,

8 Sieverts, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. XI, p. 52.

9 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3a. ed., t. I, 1997, § 19, numeral 37.

pero lo que es absolutamente inadecuado, es imputar una absoluta culpabilidad. Actualmente es ya indiscutible el hecho de que no existe conforme a los alcances actuales del desarrollo científico —y posiblemente nunca lo habrá— método alguno que permita demostrar la afirmación sobre la posibilidad de que un hombre determinado pueda evitar una acción específica en una situación concreta.¹⁰ Ejemplificando: ¿cómo puede ser posible que a un hombre que ha disparado a otro se le impute el hecho con el más alto grado de culpabilidad, cuando el Estado en el que vive ha contribuido gravemente a la causa de su hecho mediante una aplicación muy relajada de la Ley de Armas de Fuego o a través de una presencia policial mínima?, o ¿se puede acaso declarar absolutamente culpable a un corruptor de menores o a un asesino a pesar de que estos hechos representan extremas desviaciones de lo “normal”? Quien en verdad quiera responder afirmativamente respecto de la absoluta culpabilidad interna tendría que negar la posible influencia que las circunstancias externas podrían tener en el ámbito del injusto.

10 Lackner, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, p. 249. Comparar también Cerezo Mir, revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 108, 1996, p. 21; Hirsch, en la revista *ZStW*, 106, 1994, p. 763; Schönemann, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 163-166, también de él, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, pp. 293 y ss.

Pero igualmente, en el supuesto de que se sostuviese la posibilidad de comprobar la absoluta culpabilidad de una persona en un caso determinado, y en el cual estuviese en juego la aplicación de la pena de muerte, aun un caso tal, no estaría libre de arbitrariedad. Así lo ha advertido ya Stratenwerth: “el límite entre asesinato y homicidio doloso resulta de una serie de criterios y diferenciaciones no del todo satisfactorias. En este caso es evidente que no hay una frontera nítida”.¹¹ Todos los puntos de vista que pretenden delimitar tales casos son, en verdad, de naturaleza relativa y contradicen por eso al pensamiento absolutista que entraña en sí la pena de muerte. A esto se añade que en múltiples ocasiones la visión que se tenga de los hechos al terminar el proceso dependerá de la calidad de la defensa. Así lo sostuvo John Spenkellink, quien el 25 de mayo de 1979 fue ejecutado en la silla eléctrica: “Pena capital —ellos, sin el capital, obtienen la pena”. Es verdad que difícilmente puede encontrarse en los Estados Unidos de Norteamérica a algún millonario que se haya sentado en la silla eléctrica. Piénsese solamente en el caso tan espectacular del actor O. J. Simpson, quien mediante sentencia civil fue condenado a pagar una indemnización, pero fue

11 Stratenwerth, en Geiger/Saner/Stratenwerth, *Nein zur Todesstrafe*, p. 48.

absuelto en el proceso penal. Si este caso se hubiese verificado con algunos abogados defensores bien pagados y especializados en la materia, bien podría ponerse en duda la resolución referida. No es en vano que la mayoría de los casos de sentenciados a muerte en los Estados Unidos de Norteamérica provengan de las clases sociales bajas. Este es un problema que, por cierto, también presenta la pena de cadena perpetua, pero en una forma diferente y en menor medida, debido a que ésta adolece sencillamente de un elemento de absolutez. Con lo antes expuesto salta a la vista que el pensamiento retribucionista no justifica ni legitima de forma alguna la aplicación de la pena de muerte.

II. LA PENA DE MUERTE A LA LUZ DE ARGUMENTOS PREVENTIVO-GENERALES Y PREVENTIVO-ESPECIALES

Es evidente que la pena de muerte no puede cumplir, en caso alguno, una función preventivo-especial en el sentido de cumplir efectos resocializadores pues su imposición elimina absolutamente, desde un principio, las posibilidades de resocialización del condenado. No obstante, se ha sostenido, en el marco del pensamiento resocializador, un argumento que podríamos denominar de seguridad y protec-

ción, esto es, que con la pena de muerte se aísla al autor del resto de la sociedad y se logra seguridad para la comunidad. En este sentido, se sostiene constantemente que con volver inocuo al condenado se protege eficazmente a la sociedad de una posible reincidencia del sentenciado.¹² Esta afirmación es francamente cuestionable pues, según el estado actual de la técnica y la ingeniería, es posible construir cárceles y centros de seguridad lo suficientemente seguros para impedir la evasión del preso. De hecho, en los Estados Unidos de Norteamérica se ha pensado en la elaboración de un proyecto para la edificación de una prisión subterránea en la que, mediante la automatización de todos los procedimientos operativos, se eliminaría todo contacto entre los internos y los guardias de seguridad. Si se quiere sostener tal proyecto, del todo indigno para cualquier ser humano, y así parece ser, entonces podría resolverse el problema de la inseguridad.

Adicionalmente, es también cuestionable cuáles necesidades de seguridad debe traer consigo la pena de muerte. Así pues, en el marco de los delitos de homicidio dolosos son francamente reducidos los casos de reincidencia.¹³ Una excepción la constitu-

12 Comparar en Riesen, *Todesstrafe muß sein*, 1997, pp. 1 y ss.

13 En Alemania se verifica una cuota de reincidencia cercana al 2%, compárese Göppinger, *Kriminologie*, 5a. ed., 1997, pp. 779 y ss.

yen, en todo caso, los delincuentes impulsivos. No obstante ello, es posible una recuperación del condenado mediante un tratamiento psicológico. La pena de muerte se cierra desde un principio y de forma arriesgada a permearse de los principios que sostienen la posibilidad de mejoramiento del inculgado.

Así fue cuestionado el condenado a muerte en el Estado de Texas, Dorsie Johnson, a quien en 1997 y unos días antes de su ejecución se le preguntó si sería justo que la sociedad lo matase cuando en el año de 1986, a la edad de 19 años, él también mató: Johnson contestó: ¿Ejecutar al que yo era en 1986? Sí. ¿Al que soy ahora en 1997? No. Hoy soy otra persona.¹⁴ Una respuesta que no solamente le fue adversa sino que apoyó la imposición de la pena de muerte y aceleró su ejecución. Pero tal exigencia sería, en todo caso, ejecutable a través de la introducción de procedimientos de tribunales de excepción, los cuales naturalmente no son dignos de un Estado de derecho.

Si se quiere encontrar la verdad y no apresurarse del todo con base en los intereses de la víctima, debiera entonces existir un espacio de tiempo considerable entre la sentencia y la ejecución de la misma. Y es que con el paso del tiempo se verifica un

14 Compárese el periódico *Die Welt*, 7 de junio de 1997.

cambio en la persona del condenado y estos cambios no pueden ser ya apreciados y considerados por el instrumento absolutista de la pena de muerte. Aquí se encuentra un argumento fundamental de carácter preventivo-especial en contra de este tipo de pena.

Incluso cuando se sostenga que solamente a través de la pena de muerte las necesidades de seguridad social serán suficientemente satisfechas contra el autor, el precio que se habrá de pagar por ello es demasiado alto. Resulta interesante en este contexto una investigación realizada en Filadelfia,¹⁵ en la cual se registró el número de asesinatos cometidos durante sesenta días antes y sesenta días después de que se dieran a conocer públicamente un total de cinco ejecuciones. El resultado fue sorprendente: en un total de trescientos días antes de las ejecuciones se cometieron 91 asesinatos, durante los trescientos días posteriores a las ejecuciones se cometieron 113 asesinatos; es decir, alrededor de 20% más de asesinatos cometidos. La suposición de que el uso de la violencia estatal genera, por su parte, violencia fue aquí, de hecho, confirmada; además, un Estado que defiende la prohibición de matar matando, debe perder su credibilidad.

15 Señalado por Dreher, "Für und wieder die Todesstrafe", *Bemühungen um das Recht*, p. 91.

Así lo señaló ya en 1764 el jurista italiano Cesare Beccaria, que el Estado otorga a sus ciudadanos un mal ejemplo por medio de las ejecuciones de la pena de muerte, pues de esta forma los ciudadanos no son intimidados, sino más bien incitados a utilizar ellos mismos la violencia.¹⁶

En la misma dirección apunta un estudio neoyorquino de 1980, del cual se desprende que entre 1903 y 1963 después de cada ejecución hubo un aumento de dos asesinatos por mes.¹⁷ La afirmación, siempre traída a colación por los defensores de la pena de muerte, de que ésta ayuda a la intimidación de la colectividad no es verdadera, y mucho menos cierta resulta entre más baja sea la cuota de aclaración de delitos en el país respectivo. Así pues, la cuestión de si un asesino comete un homicidio, depende mucho menos de si a él le espera una pena de muerte o una pena de cadena perpetua, y mucho más de si el autor puede contar con la oportunidad de no ser capturado.

Pero si, como se ha visto, las ejecuciones decretadas son idóneas para generar violencia en la población, entonces la supuesta ventaja preventivo-especial de la pena de muerte (la seguridad de la colectividad

16 Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, pp. 113 y ss.

17 Datos de la organización de derechos humanos Amnistía Internacional.

frente al autor), se perderá totalmente en todo caso en el nivel preventivo-general (la puesta en peligro de la colectividad a través de otro autor). Pues una sanción que genere víctimas inocentes pierde su justificación preventivo-especial porque afecta de una forma socialmente dañina y se expone, de esa forma, al reproche de ser un sinsentido desde un punto de vista político-criminal.¹⁸ Si la función del derecho penal, tal y como entre tanto es reconocido en forma general, consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos,¹⁹ no debe el cumplimiento de esta tarea ayudarse de una pena que contradiga en los resultados a esa meta social.

Contra la pena de muerte se alega siempre que ésta no puede ser revertida.²⁰ Mientras que un condenado a cadena perpetua puede, por medio de la prueba de su inocencia, ser absuelto, esto no sucede con la pena de muerte, pues su efecto es irreversible. Se trata aquí con seguridad de uno de los más importantes argu-

18 En general sobre política criminal, véase Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, México, 2000, pp. 189 y ss.; y Moreno Hernández, Moises, en *Política criminal y reforma penal*, Mexico, CEPOLCRIM, 1999, pp. 143 y ss.; Ontiveros Alonso, Miguel, *Observaciones a la problemática jurídico penal de los mecanismos predispuestos de autoproteccion*, Salamanca, 1998, pp. 7 y ss.

19 En detalle Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3a. ed., 1997, t. I, § 2, numeral 38 y ss.

20 Compárese, Bockelmann, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. XI, p. 22; Stratenwerth, en Geiger/Saner/Stratenwerth, *Nein zur Todesstrafe*, p. 49.

mentos en contra de la pena de muerte. También los años de prisión purgados mediante la pena privativa de libertad, en los casos en que posteriormente se compruebe la inocencia, resultan irremediabilmente perdidos; sin embargo, quien siendo inocente es condenado, puede por los años de prisión ser indemnizado y pasar el resto de su vida en una libertad bien ganada. Por ello, el peligro de una condena errónea no debe ser subvalorado. Así, desde 1971 fueron absueltos de la pena de muerte en los Estados Unidos de Norteamérica 85 personas debido a que pudieron comprobar su inocencia.²¹

Veamos solamente algunos ejemplos: Wilbert Lee y Freddie Pitts fueron demandados por asesinato doble y en 1963, en Florida, fueron condenados a muerte. En 1975 fueron liberados ya que el delito fue asumido por otro hombre. Kirk Bloodsworth fue condenado en 1984 en Maryland por violación en concurso con asesinato de una joven, pero en 1993 fue absuelto, ya que las pruebas de ADN demostraron su inocencia. Anthony Porter²² fue condenado a muerte en 1983 por doble asesinato. El 25 de septiem-

21 En Norteamérica, en el estado de Illinois, fueron declarados inocentes en el periodo que va de 1997 al 2000, 13 de los 25 condenados a muerte, por lo cual el gobernador George H. Ryan suspendió recientemente la totalidad de ejecuciones en ese estado. Más información en el periódico *Süddeutsche Zeitung*, 8 de marzo de 2000, p. 10.

22 Véase, en detalle, en torno a este espectacular caso, el periódico *Die Zeit*, núm. 23/1999.

bre de 1998, dos días antes de la fecha de su ejecución, obtuvo un aplazamiento de gracia. Durante ese periodo de gracia sus abogados contactaron al profesor de periodismo David Protesse de la Universidad Northwestern en Chicago, quien con ayuda de estudiantes investigó la dudosa condena de muerte. Detectives aficionados se ocuparon de los expedientes procesales, investigaron el delito y rastrearon a los testigos. Poco después entregaron a la fiscalía una grabación con la declaración homicida de otro hombre, por lo cual Porter fue liberado.

El peligro inminente de una condena errónea no permanece sin efecto incluso para los defensores de la pena de muerte, porque ellos exigen ésta sólo para aquel caso en que la prueba sea unívoca. Por el contrario, la pena de muerte debe estar excluida cuando ésta se basa sólo en indicios. Esta es por supuesto una diferencia totalmente sin sentido. Por un lado, ha de considerarse que la cuestión de la autoría no se obtiene casi nunca con absoluta seguridad. Incluso las confesiones del autor no pueden significar tal certeza, ya que también éstas pueden ser falsas, acaso porque un padre encubre a su hijo o porque el condenado, cansado de la vida, quiere de forma indirecta cometer el suicidio.²³ Mucho más decisivo —y ello hasta ahora

23 Stratenwerth, en Geiger/Saner/Stratenwerth, *Nein zur Todesstrafe*, p. 50.

no ha sido del todo considerado— es el hecho de que un Estado no puede permitirse hacer la distinción entre condenas por asesinato seguras e inseguras, sin perder su propia credibilidad. Pues para cada cadena perpetua surgiría la impresión de que se trata solamente de una condena de segunda clase, con la cual el juez mismo no estaba lo suficientemente seguro. Desde el punto de vista preventivo-general esta inseguridad jurídica afectaría de forma contraproducente, ya que la confianza de la población en la fuerza del orden jurídico sería conmovida. No en vano no existe entre los Estados donde la pena de muerte se aplica, uno que tome en consideración una diferencia entre condenas indiciarias y otros tipos de condenas.

III. EL FIN DE LA PENA DE MUERTE EN SU RELACIÓN CON LA CADENA PERPETUA

A favor de la pena de muerte a veces también se mencionan argumentos que penden directamente de la teoría de los fines de pena, sino más bien de su relación con la pena de cadena perpetua.

Siempre se argumenta en favor de la pena de muerte que es mejor ejecutar a un delincuente que alimentarlo por largos años en prisión a costa del Estado. Este argumento no es solamente cínico sino

también simplemente falso.²⁴ Las investigaciones demuestran que una ejecución cuesta mucho más que una condena de cadena perpetua. Así, una ejecución cuesta en Texas un promedio de 2.3 millones de dólares, esto es, aproximadamente tres veces más que una pena privativa de libertad de cuarenta años en una celda individual de una prisión de máxima seguridad. Esto resulta de que regularmente los procedimientos estatales necesarios deben ser aplazados o prorrogados. Además, al prisionero se le asigna durante las 24 horas del día un custodio con el propósito de evitar que éste, por medio del suicidio, se adelante a la ejecución.

Un argumento usual e inaceptable es, finalmente, la afirmación de que la pena de muerte es incluso más humanitaria que la imposición de una pena de cadena perpetua.²⁵ En verdad parece a primera vista cuestionable eximir a un ser humano de la pena de muerte y en lugar de eso condenarlo de por vida a cadena perpetua, a cuyo final no puede esperarle otra cosa más que la muerte. Un hombre tal, se podría afirmar, puede más bien solamente ganar con la pena de muerte, ya que se le ahorra el indecible sufrimiento de un encierro de por vida. Sin embar-

24 Así también, Hohmann, en revista *Jura*, 2000, p. 290, en especial en la nota 64.

25 Scott, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. XI, p. 11.

go, ese punto de vista es defendible únicamente si se parte del fundamento de una ejecución de una pena que es desde un inicio inhumana. Pues, naturalmente, se puede configurar el cumplimiento de la pena privativa de libertad en una forma tan cruel que la muerte en comparación suya aparezca como una liberación. Contrariamente, en relación con el cumplimiento de una pena privativa de libertad estatalmente constituida y adecuada, se presenta la pena de muerte como el castigo más inhumano. Quiero explicar esto con un postulado de Albert Camus,²⁶ quien con razón ha dicho:

La pena de muerte es el asesinato más doloso con el que ningún delito planificado puede compararse. Para establecer un parangón: la pena de muerte debiera castigar a un delincuente que anticipadamente le informara a su víctima del momento exacto de su muerte y a partir de ese momento fuera entregada a la gracia y a la desgracia sin esperanza. En la vida ordinaria no se encuentra una bestia tal.

Llego así a la conclusión: mis acotaciones han mostrado que la pena de muerte no se justifica, desde ningún punto de vista, con los fines de la pena. Ella es cuestionable no solamente desde parámetros

26 Camus, "Betrachtung zur Todesstrafe", *Fragen der Zeit*, pp. 91 y ss.

retribucionistas, sino también desde una ponderación preventivo-especial. De otro lado, es innecesaria e incluso contraproduktiva desde una perspectiva preventivo-general. De allí que sea válido no ceder fácilmente al llamado reiterado que hace siempre la ciudadanía de la pena de muerte.

México sigue en la ola hacia el siglo veintiuno, el camino de un futuro moderno y de Estado social de derecho en el cual la pena de muerte no debe encontrar cabida. Si el país lograra contener la corrupción estatal y establecer un aparato policial robusto, el llamado a la pena de muerte se acallarí­a por sí mismo. Con ello se debe mantener siempre a la vista lo que el jurista alemán Karl Ferdinand Hommer señalaba ya en 1765: "La dureza daña, leyes exageradas se tornan irrisorias e irrespetadas". Esto es válido no sólo para los potenciales autores, sino también para las autoridades persecutoras del delito, las cuales ante las penas exageradamente fuertes no cumplen con sus funciones de persecución y ceden ante los intentos de soborno. Pues donde se trata de excesos crece la disposición a comprar su libertad. La tendencia debería orientarse —exceptuando los delitos capitales— más hacia la imposición de multas pecuniarias y menos hacia la imposición de penas privativas de libertad. En Alemania las penas privativas de libertad en los últimos diez años alcanzaron tan sólo un promedio del 6%. En cambio, para

80 a 84% de todos los casos sólo se impusieron multas pecuniarias.²⁷ Se podría objetar contra ello que la población en México es pobre y por tanto no podría pagar las multas, pero ésta es una falsa perspectiva. Por un lado, la multa pecuniaria puede, en aquellos casos inusuales de incapacidad de pago totalmente absoluta, ser sustituida por trabajo útil a la comunidad; por el otro, resulta siempre mejor si el autor en lugar de pagar sobornos a la policía, paga dinero para ser empleado útilmente por las instituciones del Estado. Con el dinero así cobrado puede organizarse un aparato policial más efectivo y de esta forma sustituir la represión por la prevención. Solamente así puede lograrse el camino hacia una democracia segura.

27 Kaiser, *Kriminologie*, 3a. ed., § 93, Nr. 36.

PROBLEMAS ACTUALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL*

Claus ROXIN**

La criminalidad es un problema de todas las sociedades. Ello explica la internacionalización de la ciencia penal. Sin embargo, pese a la larga experiencia con ese fenómeno, en ninguna parte se ha conseguido llegar a eliminar a la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación; tampoco existe acuerdo sobre el camino razonable para reducirla. Las tendencias de la política criminal cambian como la moda. Por una parte existe en un primer plano el esfuerzo por la reintegración social del autor; por otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión. De momento se

* Conferencia traducida de la versión alemana “Aktuelle Probleme der Kriminalpolitik” por Enrique Díaz Aranda, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el ciclo “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”, en el auditorio “Jaime Torres Bodet” del Museo Nacional de Antropología e Historia, Organizado por la PGR y el INACIPE.

** Catedrático de derecho penal de la Universidad de Munich (LMU).

extiende esta segunda tendencia —que parte de Norteamérica—, la cual se erige en todo el mundo como un medio para dar popularidad a los políticos, pues partiendo de un conocimiento profano resulta creíble que el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad. Por consiguiente, con semejante política se pueden ganar votos y al mismo tiempo demostrar firmeza. También en Alemania, donde la pena privativa de la libertad ha retrocedido ampliamente —sólo el cinco por ciento de todas las penas se cumplen como pena privativa de libertad— resuena la llamada hacia la construcción de nuevas prisiones; contra eso, una medida afable de resocialización, como es la remuneración del trabajo en prisión, sólo puede conseguirse paso a paso por nuestro tribunal constitucional en contra de la tenaz resistencia de los políticos.

Desde mi punto de vista, las penas rigurosas —sobre todo las privativas de libertad— son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante. En este breve trabajo quiero explicar mis ideas en forma de tesis.

Primera tesis: las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad

Esto puede parecer muy sorprendente; pero ello parece evidente cuando se observa que la criminalidad se incrementa a pesar de todas las penas anteriores y que la cuota de reincidencia es muy alta. Me parece que la relativa ineficacia de la pena se sustenta en lo siguiente:

En todas las sociedades existirá siempre una cierta medida de delincuencia; así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán hombres cuya deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático hacen imposible su integración social y por eso terminarán delinquirando. Esto no se podrá evitar jamás.

Una cantidad adicional y considerable de hechos punibles resulta de situaciones para las cuales hombres con una vida normal y dentro de la legalidad no están preparados ni mental ni emocionalmente; en dichas situaciones el sujeto encuentra en el delito la única salida. Una gran parte de los delitos violentos tiene asidero en relaciones conflictivas en estrechos núcleos sociales. El homicidio por celos o por un amor despreciado; crímenes violentos producto de insoportables relaciones de pareja o entre padres e hijos acaecen en todos los tiempos. Pero

también en la vida económica muchos delitos no son producto, en principio, de una autodeterminación criminal del autor; de ahí que cuando hombres aparentemente respetables tienen alguna crisis existencial, pierden la cabeza e intentan salvarse a través de la comisión del delito. En extremas situaciones, caracterizadas por fuertes afectos o gran miedo, las normas pierden su fuerza de motivación.

Una tercera y vasta fuente de delincuentes proviene de relaciones familiares desavenidas. Cuando las relaciones son violentas entre los padres y entre éstos y los hijos, no se les proporciona amor, carecen de seguridad emocional y les falta una educación razonable; de esos niños, quienes bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres buenos, resultan criminales; no siempre sucede, pero sí a menudo. Cuando tales seres humanos son estigmatizados a través de los delitos, el derecho penal llega muy tarde, pues apenas es posible que encarcelando a ese hombre, se llegue a corregir su estropeada socialización

En cuarto lugar, la miseria económica conduce finalmente a grupos marginados de población a la comisión de delitos contra la propiedad y patrimoniales, los cuales ponen en peligro la seguridad pública. “La necesidad no conoce mandamiento”, dice un proverbio alemán, quien no tiene nada que perder, no le puede disuadir tampoco la amenaza penal.

El combate contra la criminalidad organizada (si por ésta se entiende tráfico de drogas o de seres humanos, exportación de armamento prohibido, manipulación de impuestos u otros tipos de corrupción) es difícil ganarlo a través de la sanción individual del autor; porque la organización fundamental permanece y a menudo se sustrae de la acción persecutoria de la autoridad penal a través de su base de operaciones internacional y su irreconocible estructura.

Para que no haya malentendidos: por supuesto que todos los delitos, por diferentes que puedan ser sus causas de origen, deben ser penalmente perseguidos, sancionados o cuando menos desaprobarse por el Estado; ello es una exigencia de la paz jurídica. Si ello no ocurriera, también recurrirían a semejantes métodos los ciudadanos leales a la ley con el fin de no quedar como únicas víctimas dañadas. Por consiguiente, el derecho penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable. Pero se espera demasiado cuando se supone que a través de penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente.

*Segunda tesis: las penas privativas de libertad
son además un medio particularmente
problemático en la lucha contra
la criminalidad*

La pena privativa de libertad fue una vez un gran progreso en el camino hacia la humanización del derecho penal, porque con ella se relevaron los crueles castigos corporales de tiempos pasados. Hoy, antes de exigir el incremento de las penas privativas de libertad y más cárceles, se debe tener a la vista sus inconvenientes. Mencionaré cuatro:

Primero, es apenas posible educar a alguien hacia una vida responsable en sociedad, mientras se le aparte de ella y se le ofrezcan condiciones de vida tan radicalmente distintas a las de la vida en libertad. El preso no asume ninguna responsabilidad y su vida es regulada hasta el mínimo detalle por la institución de rehabilitación. ¿Cómo se le puede habilitar de este modo, con la exigencia de una vida independiente posterior mejor a la llevada hasta la fecha en su relación con el prójimo?

Segundo, la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto múltiple disocializador, ya que durante su aplicación el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral y de este modo se detiene el curso normal de su vida. Cuando se quebranta el matrimonio o la relación de pare-

ja se ve afectada por el efecto social discriminador de la detención o simplemente por la separación personal y el preso pierde su trabajo, el autor vuelve a la libertad sin vínculos ni medios y generalmente no vuelve a ser aceptado por nadie. De este modo, él puede quedar definitivamente marginado de la sociedad y ser más peligroso criminalmente que antes de cumplir la pena.

Tercero, se debe hacer el cálculo del efecto de infección criminal que puede tener la pena privativa de libertad. El autor, que ha perdido sus anteriores relaciones, se asocia en la penitenciaría con quienes llevan la batuta y ellos lo dirigen directamente hacia el camino de la criminalidad. No son pocos los delitos perpetrados por personas que se conocieron en el centro penitenciario y que posteriormente operaron conjuntamente. Así, la pena privativa de la libertad puede envolver definitivamente a un delincuente relativamente inofensivo en el ambiente criminal.

La cuarta y última es para considerar que la pena privativa de la libertad, cuando se ejecuta en circunstancias inferiores a las humanas, es muy cara; porque el funcionamiento del establecimiento, el personal, la vigilancia y el cuidado del interno exigen grandes erogaciones y los costos de las condenas se recaudan en casos excepcionales. Esto no sólo es un perjuicio para el fisco, también conduce

a que a menudo no queda más dinero para las medidas de resocialización; de modo que ya por eso el único fin razonable, el cual se podrá alcanzar con la pena privativa de libertad en condiciones inferiores a las propicias, se perderá necesariamente.

Para que aquí tampoco haya malentendidos, debo señalar que no abogo por la abolición de la pena privativa de libertad. Ella es inevitable para los delitos capitales y siempre para los autores que reinciden una y otra vez. Pero no se debe trabajar para lograr su incremento sino para conseguir una reducción de las penas privativas de libertad. Con ello se disminuirán sus efectos nocivos y será un medio restrictivo de libertad que pueda combinarse con intensivas terapias sociales para los infractores que deben cumplir largas condenas.

*Tercera tesis: la prevención es más efectiva
que la pena*

Debido a la restringida eficacia de la pena y, también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos.

Así, por ejemplo, en el marco de mi primera tesis referida, las grandes fuentes criminales, producto de una completa ausencia de socialización familiar

y de las necesidades materiales de los estratos más pobres, se pueden reducir sustancialmente mediante una buena política social. El Estado debe lograr establecer una ayuda social, la cual se ocupe de las “familias-problema” y procure proteger a los niños abandonados de su caída en la criminalidad. Además, el Estado debe tener una legislación social que también resguarde a los más pobres contra el hambre. A estas conocidas exigencias se objeta con frecuencia que hace falta dinero para tales medidas. Sin embargo, la política social estatal deja mucho que desear en la mayoría de los países en los que el abismo entre pobres y ricos es muy grande; allí con medios políticos, por ejemplo a través de una eficiente legislación de impuestos, se puede dar al Estado la posibilidad de construir un sistema de seguridad social. Se puede convencer a los estratos acaudalados del pueblo de la necesidad de contribuciones para aliviar la miseria social, mientras se les aclara que ello significa ganar en la seguridad social, un gran incremento de la calidad de vida y el ahorro de las costosas medidas de seguridad personal. En Alemania, a pesar del alto desempleo, se ha conseguido crear una “red” social, que reduce las causas expuestas sobre el surgimiento de la criminalidad. En verdad nuestra criminalidad es todavía alta; no obstante, también socialmente soportable.

Nadie necesita inquietarse por su seguridad en una situación normal de vida.

Aunados a los medios de política social ya expuestos, la mejor estrategia para la batalla preventiva del delito radica en un buen control policial. En contra de la suposición de nuestro legislador, la dureza de la amenaza penal casi no tiene efecto de intimidación; porque la regla es que el autor en realidad sólo perpetra su acto cuando piensa que no será detenido. Entonces la amenaza penal puede ser indiferente para él. Pero cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el potencial delincuente abandona el delito en su propio interés. Por consiguiente, el dinero que se invierte en la construcción de nuevas prisiones mejor se debería gastar en promover la eficiencia de la policía, técnicamente bien preparada y apoyada en confiables medios computacionales de investigación. Pero sobre todo, soy partidario de la concepción —que surgió en Norteamérica y poco a poco gana más partidarios en Alemania—, que indica que la policía hace falta en la calle y no en las oficinas públicas. El atraco a personas en plena calle y la destrucción de instituciones públicas por puro vandalismo se evita mediante una suficiente presencia policial. También la vigilancia por video de zonas peligrosas la considero como un medio adecuada de prevención del delito.

Se puede objetar que vigilar mucho produce un efecto intimidatorio y especialmente es un medio preferido en las dictaduras. Pero esta es una forma de reflexión indiferenciada. Pues no se trata de un medio como el de las dictaduras empleado para la vigilancia política sino para control criminal. Asimismo, la función de la policía no debe limitarse al control sino a prestar al mismo tiempo servicios sociales; por ejemplo, escoltar en el tráfico a personas mayores y achacosas, ocuparse de accidentados y de los indigentes en las calles; aclarar a los forasteros, por ejemplo los turistas, el camino o las tarifas de los medios de transporte y así sucesivamente. Por consiguiente, la policía debería ser un medio de servicio que ofrezca al pueblo protección y ayuda. En este punto no veo trastocada la libertad de los ciudadanos; ello sólo ocurre cuando el Estado para vigilar pasa a la esfera privada e íntima. En este camino estamos actualmente en Alemania. Incluso, últimamente está permitido (también bajo muy restrictivas condiciones) instalar aparatos de audio en cuartos privados y para ello se llega a solicitar la vigilancia óptica. Esto lo rechazo porque ataca la esfera íntima, la cual forma parte de la dignidad humana. En su vida pública, el hombre no necesita de la clandestinidad sino de la seguridad y la protección.

En la llamada estrategia global de prevención se encuentran las medidas preventivas del delito. En este punto pienso que en primera línea está la regulación jurídica. Así, por ejemplo, en Alemania se ha decidido cerrar a largo plazo todas las centrales atómicas. Es claro que con ello se consigue una mejor protección frente a explosiones nucleares en comparación a cuando se espera primero al accidente atómico y posteriormente se castiga a los responsables. Aquellas empresas causantes de grandes perjuicios al medio ambiente o cuyos productos producen peligros sanitarios pueden sancionarse con multas altas, vigilarse estatalmente y en casos graves cerrarse. Esto ayuda más que cuando se castiga sólo a un empleado en particular que puede ser reemplazado. Los bancos deberían permitir al fisco la revisión desde el principio de todos los grandes movimientos de dinero; esto sería una gran medida eficaz contra la delincuencia organizada en comparación a la sanción de un pequeño vendedor de drogas. La prohibición de la venta y tenencia de armas peligrosas (sobre todo las armas de fuego) puede salvar muchas vidas humanas; pero también siempre se pueden idear nuevas medidas técnicas para prevenir el delito. Por ejemplo, en Alemania se han reducido fuertemente los robos de auto desde que se instaló en muchos de ellos el llamado bloqueador de los sistemas del vehículo. Hasta aquí los ejem-

plos y resumo el resultado en una frase: si queremos fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz social, tanto como sea posible, necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención en la cual esté incluida la cooperación del derecho penal.

Cuarta tesis: el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo

Para una prevención mejor a la que actualmente tenemos, serán necesarias también las penas tanto después como antes; pero hasta la fecha sólo tenemos esencialmente la pena privativa de libertad y la multa, esto es muy poco. Ya expuse los argumentos en contra de la pena privativa de libertad. En Alemania esto nos ha conducido a tener en la actualidad 85% de multas entre todas las condenas. Las multas tienen la ventaja de que evitan las anunciadas desventajas de las penas privativas de libertad. Pero con frecuencia es evidente que tampoco la multa es un medio de sanción idóneo. El pobre no puede pagarla y es injusto tenerlo por esta causa en el establecimiento penitenciario mientras que quien es solvente se puede librar de ir a prisión. También alguien puede evitar la multa al dejar que terceros la paguen, en casos de criminalidad económica esto

no es absolutamente ningún problema teórico. Finalmente, para algunos grupos de delincuentes no está rechazado el peligro de que el sujeto pueda conseguir los medios para pagar la multa a través de la comisión de nuevos delitos.

Por tanto, la multa no es la panacea, de modo que tenemos todos los motivos para reflexionar sobre la utilidad de otras sanciones penales. En Alemania dos nuevas penas están actualmente en discusión, y yo pienso que se deberían probar. La primera es el arresto domiciliario asegurado electrónicamente, que fue implantado por primera vez en Norteamérica, y ya se practica en algunos países y también ya se experimenta en Alemania; el arresto tiene como ventaja que se puede ejecutar en el tiempo libre y lleva consigo una sensible restricción de la libre organización de la vida; pero el sujeto no es sustraído de su trabajo ni de su familia y también evita las otras desventajas de la pena privativa de la libertad. Por supuesto que semejante pena no es apropiada para todo el mundo (por ejemplo, un profesor tal vez sólo se alegraría cuando él pudiera trabajar tranquilo en su casa). Pero todas las sanciones penales son objetables y precisamente por eso es preciso hacer una diferenciación atendiendo a cada caso en particular.

Otra nueva sanción, la cual está actualmente en consideración, pero hasta la fecha se sigue recha-

zando, es la imposición de la prohibición de conducir, incluso para delitos sin relación alguna con el tráfico de vehículos de motor. Para la mayoría de las personas, el auto es hoy el medio más importante para la comodidad de la vida y cuando se les impide conducir por un tiempo determinado, su vida se vuelve difícil. Seguramente, tan sólo imaginar semejante sanción causa gran indignación en la mayoría de la gente y justamente esa me parece la prueba de la potencial eficacia de dicha sanción. Es fácil advertir que tampoco esa sanción es apropiada para todos: algunos la encontrarán muy severa cuando el auto es vital para desarrollar su trabajo (aquí vendría también a consideración una prohibición de conducir en domingo o días festivos). Otros la podrían encontrar muy relajada cuando no se tiene auto o cuando se puede renunciar fácilmente a ese medio de transporte. Mas, como he dicho, todas las sanciones penales enfrentan objeciones particulares.

Junto a semejantes innovaciones considero necesario la ampliación de sanciones penales similares, las cuales presupongan una libre participación del infractor y precisamente por eso actúen como particulares medidas sociales constructivas. Mencionaré sólo cuatro en forma breve:

Primera. Para infractores que siempre reinciden y acusan considerables trastornos de la personalidad (esto vale también para algunos delincuentes

sexuales), debería ponerse a su disposición el ofrecimiento de una terapia. Esto sólo es razonable cuando el infractor está dispuesto para trabajar enérgicamente en sí mismo, pues si éste es el caso, se pueden conseguir buenos resultados.

Segunda. A los autores de delitos leves y medianamente graves se les debería ofrecer la posibilidad de sustituir la multa o la pena privativa de libertad, hasta determinado nivel, por trabajos de utilidad pública (servicios comunitarios). Esto sólo puede ser exitoso a partir de una base voluntaria; pero tiene la ventaja de que el trabajo se puede realizar en el tiempo libre y conseguir algo provechoso, cuyo sentido también parece evidente para el infractor. Se puede tratar además de trabajo corporal (en el servicio estatal, en instalaciones públicas y aún en la recolección de basura), pero también intelectual según la calificación del interesado (en bibliotecas, en computadoras y así sucesivamente).

En Alemania actualmente existe la posibilidad del trabajo de utilidad pública; sin embargo, la posición contraria es todavía muy grande porque se teme la pérdida de puestos de trabajo; mas esto es infundado, pues el Estado es pobre en casi todo el mundo; para la óptima realización de sus tareas sociales necesita de fuerza de trabajo, la cual no podría cumplir nunca con sus propios medios. También se deben establecer las actividades de utilidad

pública, de preferencia en tiempos en los cuales las fuerzas laborales remuneradas no trabajen habitualmente, como sucede el domingo, los días festivos o en las horas de la madrugada y así sucesivamente.

Tercero. Veo una gran función social del derecho penal al incluir a la víctima para su mayor protección. En muchos casos, los ordenamientos jurídicos que dejan al derecho civil la indemnización de la víctima la dañan adicionalmente a través de la sanción penal, pues frecuentemente la pena privativa de libertad y la multa desalientan al autor al pago de la indemnización a la víctima. Quien se encuentra en la penitenciaría no puede ganar dinero y regularmente está sin recursos, de ahí que quien ha debido pagar mucho dinero al Estado normalmente no le ha sobrado nada más para la víctima.

Esta precaria situación sólo puede cambiar si se le atribuye a la pena un sustancial significado; ello puede consistir en la reparación voluntaria, normalmente en dinero, pero también en fuerza de trabajo. Además debería estar acompañada de la posibilidad de reconciliación entre el autor y la víctima. Una compensación del autor a la víctima, que satisfaga a esta última o una reparación que imponga, tal como lo establece desde hace algunos años el Código Penal alemán, al autor “considerables servicios personales o renunciaciones personales”, puede restablecer considerablemente, para delitos leves, la paz jurídi-

ca, de modo que se puede prescindir de la pena. Para delitos graves se debería conceder una suspensión condicional de la pena o cuando menos su atenuación sustancial. Órganos de composición especiales, como los previstos desde hace poco en el Código Procesal Penal alemán, pueden proporcionar una importante ayuda en la producción de un acuerdo entre el autor y la víctima.

Cuarto. Se pueden eliminar casos leves cuyo hecho delictivo sólo causa perturbaciones sociales; así, es posible sobreseer el procedimiento penal y en su lugar imponer determinados servicios (quizá en la cruz roja u otras instituciones sociales). Esto ahorra al autor la discriminación social que supone la condena; pero al mismo tiempo le pone claro que el Estado no puede tolerar su conducta. En Alemania está autorizado dicho sobreseimiento desde 1974, el cual puede verificarse hasta antes de la elevación de la acusación a través del fiscal del Estado (con aprobación del procesado y del tribunal); dicho sobreseimiento es frecuente en la práctica forense. Ello se puede enlazar con la obligación de reparación y con los trabajos de utilidad pública. De esta forma se puede proceder a la combinación de diferentes posibilidades de reacción similares a la penal.

Un mayor abanico del catálogo de sanciones, como el que aquí he desarrollado, por una parte in-

terrelacionando la normativa ya existente en el derecho alemán y, por la otra, bajo la acogida de las propuestas de reforma, permitiría una mejor reacción estatal frente al delito, considerando las circunstancias individuales de los casos, en comparación con las que permite limitadamente la pena privativa de la libertad y la multa. Por ello podemos decir que un amplio catálogo de sanciones es más eficaz en la lucha contra la delincuencia en comparación con el endurecimiento de las penas.