

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE
DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR COMPORTAMIENTOS OMISIVOS EN EL
CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS FERNANDO SIERRA PACAY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2010

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luís Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Mayra Yohana Véliz López
Vocal:	Licda. Judith Aracely Ortiz Robles
Secretario:	Lic. Luis Alfredo González Rámila

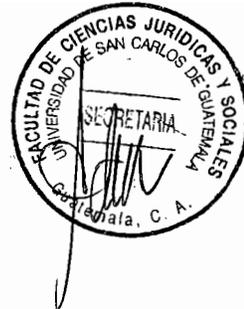
Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Vocal:	Licda. Judith Alvarado López
Secretario:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

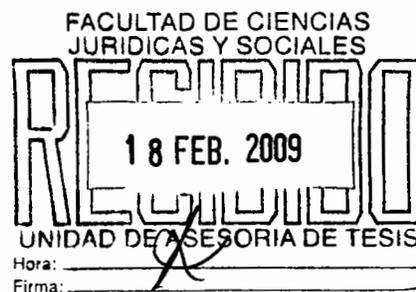


Lic. Eduardo Isaac Álvarez Paredes
Abogado y Notario
Colegiado No. 6,515



Guatemala, 12 de febrero de 2009

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Como asesor de tesis del bachiller: **LUIS FERNANDO SIERRA PACAY**, con el carné estudiantil número: 9111326; en la elaboración del trabajo de tesis titulado: "**ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR COMPORTAMIENTOS OMISIVOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**", me complace manifestarle que el presente trabajo de tesis, satisface los siguientes requerimientos:

- a) **Contenido científico y técnico:** el bachiller Sierra para resolver la problemática empleó apropiadamente en todas las etapas del proceso de esta investigación, los métodos y técnicas científicas; apreciándose en la comprobación de la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.
- b) **Metodología y técnicas de investigación:** a lo largo del trabajo de investigación se hizo uso estricto de las etapas del método científico; asimismo, mediante el método deductivo se parte de lo general, para llegar a lo particular sintetizándose en su aporte personal; de tal cuenta en los primeros capítulos se exponen tanto las leyes como doctrinas existentes para poder arribar en el último capítulo que constituye la síntesis que se desprendió de análisis de lo que hay legislado y en la doctrina de dicha temática. Cabe hacer notar que también se valió del método analítico en el desarrollo capitular, para mantener la congruencia y no perder la dirección temática.
- c) **La redacción:** el ponente uso un lenguaje altamente técnico y una redacción clara y sencilla que permite la fácil comprensión de la temática.
- d) **Contribución científica:** expone los elementos técnicos y jurídico-doctrinarios que permiten el reconocimiento de la autoría y complicidad de los sujetos activos y pasivos que participan en la comisión de éstos delitos por omisión, dentro de la dirección de la empresa privada o instituciones del Estado.



- e) **Las conclusiones y recomendaciones:** El trabajo al haber sido desarrollado dentro del rigor de la estructura metodológica formal que abarca las etapas del método y conocimiento científico, lógicamente converge en una serie de valiosas conclusiones y recomendaciones, que podrían ser consideradas por las autoridades invocadas para su implementación estratégica y política.
- g) **Bibliografía utilizada:** el material bibliográfico y documental empleado a criterio del suscrito es de considerable actualidad.

Como bien lo establece el título de la tesis, en ésta investigación se hace un análisis desde el ámbito jurídico penal, para determinar los sujetos responsables de la comisión de los delitos denominados de "cuello blanco", dentro de los órganos de dirección de la empresa privada o instituciones estatales; en virtud, de que necesariamente existe una relación de subordinación laboral para el aseguramiento de la comisión de éstos delitos; de esa cuenta se connota la existencia de un autor detrás del autor.

El bachiller Luis Fernando Sierra Pacay, durante todo el proceso de la investigación y elaboración del informe final de la investigación, tuvo el empeño de hacer las correcciones y modificaciones que el suscrito estimó oportunamente pertinentes, por lo que:

Emito **DICTAMEN FAVORABLE**, pues el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,



LIC. EDUARDO ISAAC ALVAREZ PAREDES
ABOGADO Y NOTARIO

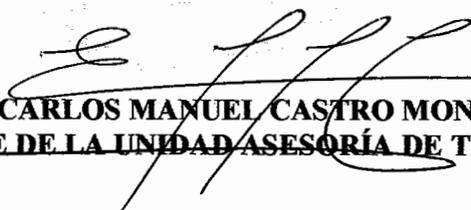
Lic. Eduardo Isaac Álvarez Paredes
Abogado y Notario
Colegiado No. 6,515
Asesor de Tesis



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de febrero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCO VINICIO DE JESUS ÁLVAREZ PAZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LUIS FERNANDO SIERRA PACAY, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR COMPORTAMIENTOS OMISIVOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

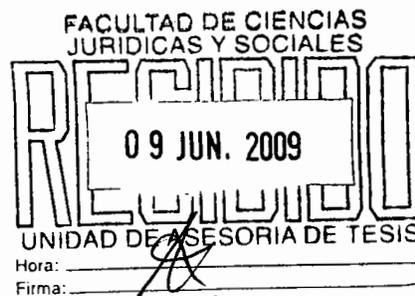


Lic. Marco Vinicio de Jesús Álvarez Paz
Abogado y Notario
Colegiado 4,134



Guatemala, 15 de abril de 2009

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De conformidad con el nombramiento emitido por dicha dirección, de fecha veintitrés de febrero de dos mil nueve, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller: **LUIS FERNANDO SIERRA PACAY**, con el carné estudiantil número 9111326, titulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR COMPORTAMIENTOS OMISIVOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA”**. A cuyo respecto me permito opinar sobre los siguientes aspectos:

- 1) **Contenido científico y técnico:** en la resolución de la problemática objeto de esta investigación, el bachiller Luis Sierra hizo uso pertinente de los métodos científicos deductivo y analítico, así como de las técnicas de investigación de acuerdo a la rigidez científica en todas las etapas del proceso de investigación.
- 2) **Metodología y técnicas de investigación:** se uso cuidadosamente en todas las etapas del método científico a lo largo de toda la investigación. Donde el uso del método deductivo permitió conocer las generalidades del derecho y de la doctrina, para determinar los extremos legislativos y doctrinarios respecto de este delito y de esa manera confluir al aporte personal, como una catarsis que sintetiza la doctrina y las leyes, presentando la actualidad de la comisión de dicho delito, sus elementos activos y pasivos y las deficiencias que padecen los operadores de justicia en la investigación, persecución y condena de los delitos de “cuello blanco”. En el desarrollo capitular, el bachiller Sierra se valió del método analítico, para mantener la congruencia y no perder la dirección temática.
- 3) **La redacción:** se advierte en este trabajo de investigación el uso de un lenguaje hondamente técnico y una redacción muy clara que facilitará la comprensión del tema.



- 4) **Contribución científica:** este trabajo pone de manifiesta una serie de elementos de orden técnico, jurídico y doctrinario, que advierten a los operadores de justicia y autoridades institucionales a reconocimiento los sujetos activos y pasivos de la autoría y complicidad en la comisión de delitos por omisión, dentro de la alta gerencia del sector privado y público.
- 5) **Las conclusiones y recomendaciones:** fueron redactadas con un lenguaje sencillo y claro que permitirá aún al lector poco ilustrado entender el fondo de la temática desarrollada, dado que la estructura metodológica deductiva empleada fue de orden científico y por al partir de lo general a lo particular, el lector podrá casi simultáneamente al desarrollo temático podrá arribar casi a las mismas conclusiones y recomendaciones. Dado que el desarrollo concatenado de las etapas del método y conocimiento científico, inducen lógicamente converger a éstos importantes apartados.
- 6) **Bibliografía utilizada:** es de considerable actualidad y de importantes autores.

He de hacer notar que el bachiller Sierra Pacay, fue muy diligente al hacer las correcciones y modificaciones que el suscrito valoró pertinentes, en consecuencia:

Me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser discutido en el Examen Público.

Atentamente,

~~MARCO VILLARREZ~~
MUNICIO DE JESUS
ABOGADO
Y
NOTARIO
Lic. Marco Villarrez de Jesús Álvarez Paz
Abogado y Notario
Colegiado No. 4,134
Revisor de Tesis

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUIS FERNANDO SIERRA PACAY, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR COMPORTAMIENTOS OMISIVOS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Creador de todas las cosas.
- A MIS PADRES:** Oscar Raymundo Sierra Coronado y Aura Crisálida Pacay Requena, con mucho cariño, como un mínimo reconocimiento a sus esfuerzos y por motivarme a alcanzar la superación académica.
- A MIS HERMANOS:** Oscar Guillermo, Margarita Ivonne, Jorge Mario, Brenda Maritza, Juan Carlos y José Antonio; por haber compartido momentos especiales durante mi niñez y adolescencia.
- A MIS ABUELOS:** Oscar Absalón Sierra Iboy, Rosa Lidia Coronado, Guillermo Pacay y María Berta Requena; en su memoria.
- A KLEYRY DANITZA:** Con amor.
- A MIS PADRINOS:** Con agradecimiento.
- A MIS AMIGOS:** Por que la vida es más fácil apoyándonos entre sí.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal	1
1.1 Generalidades	1
1.2 El derecho penal del enemigo	2
1.3 El derecho penal del ciudadano	5

CAPÍTULO II

2. De los delitos y las penas	27
2.1 Lo jurídico y lo antijurídico	33
2.2 Del delito	35
2.3 De las penas	38

CAPÍTULO III

3. De la autoría mediata	45
3.1 Autoría mediata en delitos de dominio	47
3.2 Autoría mediata por medio de inimputables y menores	53
3.3 Autoría mediata por medio de estructuras de poder organizadas	54
3.4 Autoría mediata en delitos de infracción de deber	56



CAPÍTULO IV

4. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos de los subalternos	59
4.1 Concepto de derecho penal de la empresa y ámbitos que comprende	60
4.2 La persona jurídica y las formas básicas de vinculación con el delito	63
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN



La motivación que permitió realizar este trabajo, es la de haber considerado muy importante profundizar en los aspectos teórico-doctrinarios de la autoría mediata, del derecho penal económico, así como el derecho empresarial; relación que resulta fundamental para comprender los ilícitos que se llevan a cabo a través de las figuras societarias de las empresas mercantiles.

Para llevar a cabo esta investigación, se formuló y verificó la hipótesis de que los órganos de dirección de la empresa eran responsables por comportamientos omisivos de los subalternos, puesto que por la relación de dependencia que estos mantienen con los puestos de dirección aquellos son responsables por la cadena de mando que ostentan.

Asimismo, se planteó como objetivos analizar los elementos que informan al Derecho Económico en la doctrina moderna, analizar los elementos que informan la figura de la autoría inmediata y su papel en la culpabilidad, así como comprender la importancia jurídica de establecer la culpabilidad de los órganos de dirección de la empresa en los delitos de omisión.

Para el estudio del tema, se hizo uso de la dogmática jurídica, así como de la teoría que informa al derecho penal en general, y la propuesta del derecho penal del enemigo, así como la que fundamenta la autoría mediata en particular, con lo cual se llevó a cabo una reflexión teórica orientada a explicar el papel de los órganos de dirección en los



delitos de omisión que cometen los subordinados, puesto que desde la perspectiva del autor detrás del autor, los ilícitos de las personas en condición de dependencia, realizados a partir de cumplir las funciones que le han sido asignadas, así como las tareas que realizan a partir de recibir la orden del jefe inmediato superior, encajan dentro de la autoría mediata.

El trabajo de gabinete, consistió en la investigación bibliográfica y documental para obtención de libros y documentos relacionados con el derecho penal, derecho económico, la autoría inmediata y la responsabilidad penal empresarial.

Con la información obtenida, se elaboró y estructuró la tesis en cuatro capítulos, conclusiones, recomendaciones y bibliografía; en el primero se explica el derecho penal, sus características, particularidades y elementos esenciales que determinan su importancia en la sociedad; el segundo describe el fundamento doctrinario de los delitos y de las penas, así como la función que estas tienen dentro del derecho penal; en el tercero, se aborda el tema de la autoría mediata, las distintas formas en que se manifiesta y las características que la diferencian de la autoría inmediata; mientras que en el cuarto se hace un profundo análisis sobre la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos de los subalternos.

El presente trabajo aporta elementos que permitirán la fácil identificación de la autoría mediata y la autoría intelectual, que hasta ahora ha permanecido en el anonimato en virtud de la posición jerárquica privilegiada del autor intelectual sobre el subalterno que asume la conducta y la responsabilidad delictiva.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

1.1 Generalidades

En los últimos años, la doctrina del derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del derecho positivo que parecen diferenciarse del derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que podría identificarse con la denominación derecho penal del enemigo.

“Desde una perspectiva general, se podría decir que este derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado derecho penal moderno; es decir, de la actual tendencia expansiva del derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.”¹

Independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el derecho positivo un específico y diferenciado corpus legal punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos

¹ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal: Parte general**. Pág. 379.



aspectos y problemas que plantearía ese derecho penal del enemigo en cuanto concepto doctrinal y político-criminal.

1.2 El derecho penal del enemigo

“En la doctrina, sin embargo, este derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el derecho penal y procesal penal de la actualidad que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del derecho penal del enemigo.”²

La expresión derecho penal del enemigo suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término enemigo. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones democráticas y, sobre todo, progresistas, induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido derecho penal del enemigo, y no sin razón, cuando se vuelve la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella se contempla el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del derecho penal en determinados lugares.

En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan

² Ibid. Pág. 380.



precisamente como enemigos a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquellos dictan leyes nominalmente penales que, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de guerra contra los etiquetados como enemigos.

“Al respecto, sobran las palabras cuando se piensa, por ejemplo, en el proyecto de ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, o en la denominada expresamente ‘Ley de represión de la masonería y el comunismo’, de 29 de marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco. A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de enemigo predisponga ya a un rechazo de un derecho penal del enemigo en sociedades que, como es el caso de la actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad.”³

Un debate y una indagación acerca de este denominado derecho penal del enemigo, por consiguiente, no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos. Estas legislaciones, no pueden ser partícipes de la idea del derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción.

³ Jescheck, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: Parte general.** Pág. 605.



En los Estados totalitarios no puede reconocerse ningún Estado de Derecho. El debate sobre un derecho penal del enemigo, pues, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho.

Ahora bien, es evidente que en este contexto nada resuelve sobre el problema un rechazo puramente emocional, históricamente fundado, de toda pretendida diferenciación de algunos miembros de la sociedad como enemigos.

“De lo que se trata es de indagar sobre si en las sociedades democráticas existen realmente, es decir, objetivamente, tipos de comportamiento antisocial de tales características que fuercen a su diferenciación no sólo en el plano de la fenomenología social sino sobre todo en el de los modos de hacerles frente y de tratar a sus autores, si ello, en caso de ser afirmado, indicaría como adecuada una diferenciación asimismo de un derecho penal específico, de características especiales y con reglas diferentes de las del derecho penal ordinario, y en el caso de que a esto se contestara también afirmativamente, si ese derecho penal especial podría legitimarse en el Estado de Derecho y en tal caso cuáles serían sus límites y las reglas específicas por las que debería regirse. Claro que la respuesta a todas estas preguntas irá de la mano de la respuesta al interrogante que debe emerger ya en el punto inicial, y que no es otro que el relativo a la nada evidente cuestión de si realmente existen enemigos, y en el caso de que existan, el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la determinación tanto de quiénes podrían ser encuadrados en semejante status, como de quiénes tendrían



competencia para llevar a cabo semejante determinación.”⁴

Se podría plantear que sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establecería con respecto a los ciudadanos. Por esta razón se puede individualizar y distinguir un derecho penal del enemigo y contraponerlo al derecho penal del ciudadano, si bien últimamente se puede relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno y del otro como tipos ideales que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro, pues en el derecho penal del ciudadano existirían elementos del derecho penal del enemigo y viceversa, en éste último también habría elementos del primero.

1.3 El derecho penal del ciudadano

El derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados al y por el derecho.

El delito de un ciudadano no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable, y por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho normal, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la

⁴ Maurach, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: Parte general.** Pág. 337



norma y que por ello es llamado -de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma.

Esto es así cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico.

De esa cuenta, en principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal, pues éste, por un lado, tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, y por otro lado, tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad.

“Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente delictivas. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico,



de tráfico de personas, etc. y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada.”⁵

Como aclara Silva Sánchez, “... el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo.”⁶

Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc., pero no son estos hechos los que constituyen la base de las regulaciones del derecho penal del enemigo, pues en cuanto éstos, los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados por el derecho.

Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones.

⁵ Silva Sánchez, Jesús María. **Perspectivas sobre la política criminal moderna.** Pág. 54.

⁶ **Ibid.** Pág. 55



Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían respecto de los comportamientos de estos individuos un significado adicional de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia, y, por ello, representarían peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o quebrantos de normas respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual.

En definitiva, pues, los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

Dicho de otro modo: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo.

Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, es un



problema que no puede ser resuelto con el derecho penal ordinario, el del ciudadano, tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad de configurar un derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas.

“Jakobs considera necesaria esta diferenciación de un derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del derecho penal general a la noción del Estado de Derecho. Quien no quiere privar al derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho –dice- debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar derecho penal del enemigo, guerra refrenada. Y ya que no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico, entonces la introducción de un cúmulo -prácticamente inabarcable ya- de líneas y fragmentos de derecho penal del enemigo en el derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho.”⁷

Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica con arreglo al derecho penal del ciudadano, la tarea -apenas comenzada- que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del derecho penal del enemigo y separarlas del derecho penal del ciudadano.

En realidad, este llamado derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente

⁷ Ibid. Pág. 55



prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social.

Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inocuización, puesto que el fin principal del derecho penal del enemigo es la seguridad. En éste no se trata ya, como sucede en el derecho penal general, de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas.

El derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos. El derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.

“Mediante el derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello, en él la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.”⁸

⁸ Ibid. Pág. 55



La particular y distinta finalidad del derecho penal del enemigo tiene que dar lugar también, por fuerza, a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al derecho penal del ciudadano. En concreto, en el derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del derecho penal de la normalidad.

Estos principios y reglas propios del derecho penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado, y mediante su inocuización.

Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones de características tales que permitirían identificarlas como típicas de un derecho penal del enemigo.

“Una primera manifestación de éste está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva) y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la



organización que opera fuera del derecho.”⁹

A través de tales tipos se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia. Y así se criminalizan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas e incluso la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores.

“Una segunda característica del derecho penal del enemigo sería la desproporcionalidad de las penas, la cual tendría una doble manifestación. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionadas, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización.”¹⁰

Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación

⁹ Bacigalupo, Enrique. **Derecho penal: Parte general**. Pág. 505.

¹⁰ **Ibid.**



del derecho penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de fines investigadores, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.

No hay lugar a dudas, entonces, sobre la existencia de regulaciones sustantivas y sobre todo procesales que presentan los rasgos que se ven como característicos de ese derecho penal. El mismo, parece tener el aval de una sólida tradición filosófica en la modernidad, la cual es invocada como garantía antecedente de los fundamentos legitimadores actuales del derecho penal del enemigo.

“La visión del que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el Derecho, como un individuo que, por ello mismo, tiene que ser expulsado de la sociedad, aparece constantemente, y ya con un perfil más definido, en la filosofía ética y política premoderna y moderna. En particular, se trata de la idea de que el delincuente, o por lo menos determinados delincuentes, no tienen el status de ciudadano o la condición de persona.”¹¹

¹¹ *Ibid.* Pág. 56 .



Por otro lado, parece incuestionable que en la sociedad moderna existen formas de criminalidad diferenciadas de las que, se podrían denominar como normales, no solo por su alto potencial de lesividad social sino también por las características específicas de los autores desde el punto de vista o desde la perspectiva criminológica.

Así por ejemplo, ya hace tiempo que la investigación criminológica ha demostrado que la criminalidad económica, objetivamente, supera a la tradicional criminalidad contra el patrimonio tanto en el grado de lesividad social como en la producción de daños materiales e inmateriales, y por otro lado el derecho penal económico, a la hora de definir sus contenidos, no ha podido desprenderse totalmente de la definición de delito económico orientada al autor en perspectiva criminológica y formulada como aquél que es cometido por una persona respetable y de elevado status social, en el marco de su profesión.

”También los diversos tipos de criminalidad organizada se manifiestan como realidades fenoménicas diferenciadas. Además de las organizaciones terroristas, y de la criminalidad de Estado, existe un amplio abanico de actividades delictivas que por sus objetos podemos denominar como inequívocamente ilícitas, en el sentido de que se oponen de raíz y frontalmente a valores sociales fundamentales e incluso a las estructuras sociales básicas; piénsese por ejemplo en el tráfico de drogas, en la falsificación y tráfico de moneda, en el tráfico de armas, de órganos humanos, de personas para la prostitución, de niños para la adopción, de inmigrantes o en el



blanqueo de capitales.”¹²

Al margen de la elevada lesividad social que supone este tipo de criminalidad, ha de prestarse atención sobre todo al hecho de que tales actividades son impensables sin la utilización de sólidas redes logísticas y sin el establecimiento de eficientes estructuras organizativas, todo lo cual hace que en un contexto de globalización como el actual, las organizaciones dedicadas a tales actividades criminales gocen en algunos casos de mayor poder que los Estados, o, por lo menos, que escapen al control político y jurídico de estos y que, con ello, la persecución y castigo de esas actividades criminales adolezca de un déficit crónico.

”Pues bien, si estas formas de criminalidad constituyen una permanente falta de seguridad cognitiva, como, según parece, no puede ser negado; si la sociedad demanda seguridad al Estado ante todos esos peligros; y si el derecho penal no puede prestarla adecuadamente debido a ese déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores; ¿estará justificada y deberá procederse con respecto a esa criminalidad a la institución de un derecho penal especial diferenciado en sus reglas del derecho penal común? ¿Podría legitimarse este derecho penal en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho?”¹³

Para entender bien la cuestión de la fundamentación del derecho penal del enemigo, es conveniente hacer algunas precisiones. Parece que debe estar fuera de

¹² Sánchez, Silvia. *Ob. Cit.* Pág. 55.

¹³ *Ibid.*

duda que las circunstancias de la realidad en torno a las cuales se quiere justificar la construcción de un derecho penal del enemigo, poseen un significado específico y diferenciado, y que dicho significado puede ser determinante de una valoración jurídico penal específica de tales circunstancias.

“Así, por ejemplo, el que un hecho determinado se realice por un sujeto en el curso de la actividad de una organización a la que sirve o pertenece, o el que un hecho sea realizado por un sujeto dedicado profesionalmente a ello o que lo realiza de modo habitual, son circunstancias de carácter objetivo o personal, según el caso, cuya valoración con criterios específicamente jurídico–penales puede dar lugar a un juicio de mayor gravedad de lo injusto, por ejemplo porque tales circunstancias supongan una mayor peligrosidad objetiva de la acción o porque la comisión habitual o profesional de ciertos delitos suponga una mayor lesividad social que el hecho aislado ocasional, en cuyo caso estará justificada y será conforme con el principio de proporcionalidad una agravación de la pena.”¹⁴

Aunque en virtud del principio de subsidiariedad y de ultima ratio haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el derecho penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves; en la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto, a la de la consumación, su

¹⁴ Ibid. Pág. 55.



punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad.

Si el llamado derecho penal del enemigo se redujera a manifestaciones jurídicas como las descritas, entonces es evidente que no podría objetarse nada contra él. Aquella expresión no tendría otro valor que el de una mera descripción formal sin consecuencias materiales, lo mismo que sucede con denominaciones como, por ejemplo, derecho penal sexual, derecho penal de funcionarios, o derecho penal laboral, etc.

Pero sí parecen existir regulaciones jurídicas específicas que se apartan de las reglas y de los principios del derecho penal que se pueden denominar ahora como ordinario. La existencia, empero, de un derecho penal del enemigo autónomo y diferenciado supone que el mismo debe construirse fuera de las fronteras que delimitan el campo del derecho penal ordinario. Esto significa, entonces, que el derecho penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del derecho penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente diferentes a las de éste, pues de lo contrario, si fueran coincidentes, ya no se trataría de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo.

"Pues bien, el paradigma en torno al cual pretenden constituir el derecho penal del enemigo sus defensores se define con la idea de que a los individuos en quienes concurren las circunstancias típicas que se han descrito más atrás, se les atribuiría la condición de enemigos del sistema social, atribución que presupone la privación y negación de la condición de personas a tales individuos y la consideración de los



mismos como no-personas. El derecho penal ordinario, en cambio, se dirige a las personas. En el derecho penal del enemigo, por ello, no pueden regir los principios ni las reglas del derecho penal de las personas, y los enemigos, esto es, las no-personas, no pueden invocarlos ni exigir la observancia de aquéllos en su favor. En este sentido, no le falta razón a Cancio cuando ve a este derecho penal del enemigo como un derecho penal de autor.”¹⁵

Con el derecho penal del enemigo se trata de combatir a individuos que en su actitud, por ejemplo en el caso de delitos sexuales, en su vida económica, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica, o mediante su incorporación a una organización, por ejemplo en el caso del terrorismo o en la criminalidad organizada, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho, es decir, que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para su tratamiento como personas. Pues un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona.

“Sólo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el status de persona, y si no lo acepta se convierte en una criatura animal, y, en consecuencia, el ordenamiento carece de razones para defender sus intereses. Por todo ello, dice Jakobs, la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por que no se trata en primera instancia de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un

¹⁵ Bacigalupo. *Ob. Cit.* Pág. 512.



peligro cuya fuente son los individuos que rechazan el status de ciudadano y se encuentran y permanecen en el estado de naturaleza. Ahora bien, éste es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva, de modo que quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación. Por lo tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones; por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad.”¹⁶

La privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad del derecho penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al derecho penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano.

“Los enemigos son actualmente no-personas. Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien -y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido- una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico. En este sentido, pues, una persona existe sólo en tanto que su humanidad no ha sido

¹⁶ Ibid. Pág. 512.



revocada o anulada. Aunque pueda parecer verosímil que la columna vertebral del modelo sistémico aplicado para la construcción del concepto doctrinal del derecho penal del enemigo, pudiera radicar en la noción de persona elaborada por Luhmann, me parece preciso adoptar precauciones ante semejante afirmación. Es cierto que existe, por un lado, una tajante separación entre el individuo, entendido como sistema psíquico que opera mediante la conciencia, y la sociedad, entendida como sistema que opera mediante la comunicación, de tal modo que la conciencia y la comunicación siguen cada una sus reglas propias e independientes; y por otro lado, la persona, diferente del sistema psíquico, constituiría el puente que permite la conexión o el acoplamiento entre los sistemas psíquicos (conciencias) y los sociales (comunicaciones). Sin embargo, las consecuencias que puede tener la diferenciación entre sistemas psíquicos y sociales para el sistema jurídico, se encuentran, no obstante, a una enorme distancia con respecto al derecho penal, y, en segundo término, que un conocimiento sólo superficial de la teoría de los sistemas de Luhmann permite advertir rápidamente que sus concepciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales.”¹⁷

El individuo como tal pertenece al orden natural; es el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia, y si a los individuos humanos se los concibe como animales inteligentes, el código por el que se conducen es el de la satisfacción e insatisfacción conforme a las propias preferencias e intereses, o sea, sin referencia a ninguna configuración objetiva del mundo externo en que participan otros individuos.

¹⁷ Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 381.



La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir. Persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel.

“Si toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma. Entonces, los individuos aparecen como personas cuando quedan definidos por las tareas y cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo. Todo orden personal comienza con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden, y los derechos se generan allí donde son necesarios para poder cumplir los deberes. En conclusión, pues, la persona es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia.”¹⁸

Según esto, sólo puede ser persona jurídico-penal, es decir autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el derecho; ahora bien, de la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, y de dicho reconocimiento carecen por ejemplo, los niños o los que padecen dolencias psíquicas.

Si lo que define a la persona es, pues, el obrar vinculado al deber o por una obligación, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre de ese modo ha de

¹⁸ Ibid.



quedar excluido del concepto de persona.

“Los enemigos tampoco son personas y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe tratarles como tales. Pues la personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal y sólo puede mantenerse, y por ello sólo será real, si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona, lo cual significa que se puede partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito. Por ello, cuando ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal -determinado por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente, lo cual significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo.”¹⁹

Ahora bien, un orden puede entenderse como normativo sólo en la medida en que contempla a personas. Por lo que obtener una conducta por coacción y poder vincular mediante obligación a realizar un comportamiento son dos cosas distintas.

“Una secuencia regular de conducta y sanción no es por sí misma indicio de la existencia de un orden normativo real porque puede que se trate sólo de una organización coactiva puramente cognitiva basada sólo en la fuerza. Sólo si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha

¹⁹ Ibid.



convertido en un orden de normas. Pero si esto es así, de aquí no puede resultar nada distinto a que las no-personas tendrán que estar excluidas por fuerza del orden normativo, en concreto de la sociedad y del derecho.”²⁰

A diferencia de lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación con el enemigo ya no se determina por el derecho, sino por la coacción. Frente al enemigo, el derecho penal es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Pero entonces hay que entender que quien gana la guerra determina lo que son las normas, y que quien la pierde ha de someterse a esa determinación. Estas normas, empero, y a diferencia de las que regulan la pena, ya no son derecho con respecto al que es penado.

Por otro lado, también el procedimiento para el tratamiento de los enemigos está regulado jurídicamente. Pero esta regulación jurídica trata de la exclusión de los enemigos. Pese a todo ello, las regulaciones del derecho penal del enemigo tal vez pudieran verse como derecho desde el punto de vista del Estado como agente, pues aquel ordenamiento no puede haber dudas de que formalmente es así.

Sin embargo, un derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una persona. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el derecho, tiene que ser por fuerza una persona.

²⁰ Ibid.



Ahora bien, para comprobar que el individuo en cuestión ha infringido realmente el derecho del ciudadano habrá que someterle necesariamente a un proceso penal que obviamente también debe seguir las reglas del derecho procesal occidental. Esto, sin embargo, significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del derecho penal moderno, en particular por la garantía de la presunción de inocencia.

Ahora bien, si en el proceso se obtiene la certeza de que el sujeto ha cometido la infracción, entonces lo que habrá de seguir a dicha comprobación no podrá ser nada distinto a las consecuencias jurídicas del derecho penal, por ser éste el derecho que ha infringido y conforme al cual se le ha juzgado. Pero entonces, si según los postulados de la doctrina del derecho penal del enemigo, todo el que es juzgado por el derecho penal lo es en su condición de persona, y si la pena que se impone al que resulta condenado por este Derecho en nada le priva de su status de ciudadano ni de su condición de persona, los cuales conserva íntegramente a pesar de su condena.

Es justamente el proceso el que determina finalmente la privación al individuo de su condición de persona y con ello su exclusión de la ciudadanía y su declaración como enemigo. Sin embargo, esto para nada afectaría a que el proceso tuviera que desarrollarse con todas las garantías propias del ciudadano, pues desde el inicio de aquél y, al menos, hasta su conclusión mediante una sentencia condenatoria, el imputado no puede encontrarse en ningún otro status que no sea el de ciudadano.



Con esto se demuestra que, en principio, al derecho penal del enemigo sólo le es posible partir de la existencia previa de personas, y que si esto es así, entonces los contenidos y las reglas materiales de ese derecho no podrán ser otras distintas a las del derecho penal del ciudadano.

Todo mandato que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica tiene que reconocer a esta persona como persona. En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, tal como ha sucedido con los presos sin condena, y en situaciones paradigmáticas, lo que le acontece a los presos retenidos en la cárcel de Guantánamo por el gobierno de Estados Unidos.

En todo caso, aunque la doctrina moderna, especialmente la vinculada a concepciones garantistas, se oponga a la denominación de derecho penal del enemigo, en la práctica penal de muchos países, se encuentra informada de esta visión jurídica, por lo que continúa siendo indispensable la existencia de instancias nacionales e internacionales que garanticen la vigencia de los derechos humanos de los sindicados y condenados, puesto que estas mismas instituciones han señalado constantemente que los funcionarios y empleados públicos encargados de hacer cumplir la ley, asumen una práctica orientada en el derecho penal del enemigo, aunque la norma penal y procesal penal vigente estén revestidas de garantismo.

El problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y



en un Estado de Derecho se puede legitimar la existencia de un derecho de lucha contra los enemigos como complemento del derecho penal y, por ello, como una excepción a éste que no tendrá el carácter de derecho porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y de la fuerza.

Esta discusión se ha actualizado, precisamente porque la mayoría de democracias occidentales, han aprobado leyes y procedimientos frente a las amenazas terroristas, en donde a los sindicatos de tales actos se les considera como enemigos, con los cuales el derecho penal debe tener un tratamiento diferente al que se le da a las personas que cometen ilícitos comunes.

CAPÍTULO II



2. De los delitos y las penas

Quien reflexione sobre la criminalidad y el derecho penal se enfrentará a las miserias unidas de forma inherente con estos temas. Sangre y violencia, sufrimiento y muerte, miedo y luto son las dos caras de la misma moneda, es decir, el delito y la pena. Debido a esto el ser humano no sólo ha averiguado, descubierto, condenado y sancionado, sino que también se ha preguntado si es que no se puede romper el círculo vicioso del delito y la pena.

El significado y la valoración en cuanto a la pena han variado a lo largo de los siglos. Esto ha sucedido de modo sustancial entre los juristas. Desde el momento en que puede observarse de manera analítica el ambiente punitivo, y hasta la fecha, nunca antes se había percibido de forma tan evidente una predisposición a la pena ni notado tal agrado hacia la sanción penal como en estos días.

De otro lado, parece que actualmente no se reflexiona acerca de la pena y su justificación, sino más bien se le cuestiona y critica. Hoy en día, a diferencia de lo que sucedía hace algunos años, es necesario aclarar a los estudiantes y a la opinión pública en general por qué la pena debe existir: el que la pena tenga que existir le es casi siempre no sólo obvio a la gente, sino también una opinión que, además de estar generalizada, es expresada por los seres humanos con naturalidad. La pena viene bien, se dice. Pero, más que eso, hoy en día es preciso aclarar la razón por la cual no se



responde a determinados problemas imponiendo una sanción.

Lo que sucede es que se desplaza una gran cantidad de argumentos y se alecciona a la opinión general con dicciones que parecen ser suficientes para catalogar a una determinada situación como incuestionable, plausible o simplemente como acertada: se trata entonces de un rechazo antes de cuestionar, sancionar antes de subsanar o de simplemente perdonar.

“Muchos de los desenfocos que ha padecido y sigue padeciendo la Ciencia Jurídica se deben, en gran medida, a las visiones fragmentarias que de ella han hecho los juristas a través de los tiempos. Nos referimos al jusnaturalismo, al formalismo y al sociologismo jurídicos. El jusnaturalismo, como es sabido, pretende reducir el derecho a una mera especulación sobre los valores, mientras que el formalismo lo presenta tan sólo como una construcción conceptual-normativa. El sociologismo, a su vez, lo muestra como pura vida humana social. Cada una de estas tradicionales escuelas nos ofrece una visión limitada, parcial, de lo que es el derecho. Ninguna de ellas nos brinda una respuesta global a la interrogante sobre lo que es el derecho.”²¹

En la década de los años 40 surgió simultáneamente en el Brasil y en el Perú una nueva concepción del derecho que intentaba superar las visiones parciales que proponen tanto el jusnaturalismo como el formalismo y el sociologismo jurídicos. Se trata del tridimensionalismo jurídico, que plantea una explicación global, totalizante, de lo que es el derecho al considerarlo como la interacción dinámica de tres objetos

²¹ Righi, Esteban; Fernández, Alberto A. **Derecho penal: La ley. El delito. El proceso y la pena.** Pág. 305.



heterogéneos como son las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas. Para el tridimensionalismo el derecho no se reduce a ninguno de tales tres objetos, aunque a su vez, estima que ninguno de ellos puede faltar para la captación completa del concepto derecho.

“La interacción dinámica de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas hace posible el surgimiento del concepto derecho, para cuya aparición no puede faltar ninguno de tales objetivos no obstante que, como está dicho, ninguno de ellos, por sí mismo, es derecho. Sólo una visión tridimensional del derecho nos permite captarlo en su totalidad, como una unidad conceptual. Alguna vez, en el aula de clase, hemos ensayado, con sus propias limitaciones, un ejemplo para que ciertos alumnos, que no tenían claro el concepto, comprendieran en qué consiste la interacción dinámica de dos o más objetos heterogéneos. Proponíamos el caso del motor que en su origen se reduce, en estado estático, a una yuxtaposición de piezas, colocadas unas al lado de otras sin sentido alguno para la vida humana. Recién cuando ese conjunto de piezas entra en interacción dinámica podemos decir que estamos realmente frente al concepto motor, el mismo que se convierte en un objeto valioso, útil, con sentido para la vida del hombre. Antes de la interacción dinámica de esa pluralidad de piezas yuxtapuestas no podíamos, realmente, aludir al concepto motor. Se trataba sólo de eso: un conjunto estático de piezas colocadas unas al lado de otras.”²²

La interacción dinámica se produce en el hombre, desde su creación, de manera natural tratándose del derecho. Ello, en cuanto el ser humano es el único ser capaz de

²² Ibid.



vivenciar valores y de crear conceptos. El hombre sensibiliza y vive los valores y, a la vez, es creador de la normatividad jurídica. El ser humano es así, al mismo tiempo, el creador y el protagonista del derecho.

Para la constitución del concepto derecho se requiere de la simultánea y dinámica presencia de tres objetos, como son las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas, también es cierto que la conducta humana intersubjetiva es el elemento primario en cuanto el derecho sólo tiene sentido para la vida humana.

Sin vida humana no hay valores, en tanto éstos son en y para la vida humana, así como tampoco se requerirían de normas jurídicas ya que éstas aparecen a raíz de una exigencia existencial del ser humano en cuanto ser social.

“Para graficar esta primacía de la conducta humana sobre valores y normas alguna vez, también, la hemos ilustrado con un ejemplo. Se trata del caso de Caín, que da muerte a Abel. Luego de la realización o presencia de dos conductas interferidas, como las de Abel y Caín, podemos valorar el acto, considerarlo justo o injusto para, a continuación, recurrir al ordenamiento jurídico normativo con el fin de determinar si es lícito o ilícito. La licitud o ilicitud está dada por el ordenamiento jurídico, mientras que la apreciación axiológica corresponde exclusivamente a una vivencia del ser humano que luego se vuelca en la normatividad. Frente a la conducta de Caín en relación con la de Abel juzgamos que se trata de un acto injusto. Al acudir al ordenamiento jurídico encontramos que se ha violado un derecho subjetivo fundamental como es el de la

vida.”²³



A partir del ejemplo, se encuentra que esta violación comporta un acto ilícito, tanto civil como penal, que en lo civil da origen a una reparación pecuniaria mientras que en lo penal el acto está tipificado como homicidio y merece una pena limitativa o restrictiva del ejercicio de la libertad.

“Hasta no hace mucho tiempo se concebía que sólo eran conductas jurídicas aquellas a las que expresamente se referían las normas jurídicas de un determinado ordenamiento. Esta concepción ha sido superada en tanto se ha demostrado que toda y cualquiera conducta humana intersubjetiva es jurídica, sea o no contenido de una expresa norma jurídica. Es imposible imaginar que todas las conductas humanas, sin excepción, puedan estar contempladas por el ordenamiento jurídico. Precisamente, por ser el hombre ontológicamente libre, es del todo impredecible. Ello impide registrar normativamente todos sus posibles comportamientos, lo que no significa, en ningún caso, que estas conductas humanas intersubjetivas permanezcan al margen de lo jurídico.”²⁴

La pretensión de reducir la calidad de conductas jurídicas a sólo aquellas expresamente mentadas por la normatividad, es una desviación conceptual que tiene su origen en una visión positivista del derecho, dentro de la cual se privilegia y reduce el derecho a la mera normatividad, por lo que aquellas conductas que no están taxativamente

²³ **Ibid.**

²⁴ Fontán Balestra, Carlos. **El elemento subjetivo del delito.** Pág. 154.



reguladas por el ordenamiento son ajenas al derecho.

En la actualidad se considera que todas las conductas humanas intersubjetivas son jurídicas, en la medida en que ellas pueden estar permitidas o prohibidas sin necesidad de que para esta calificación estén o no contenidas en norma jurídica expresa.

Hoy nadie discute el principio por el cual el juez está obligado a administrar derecho con o sin norma jurídica que resuelva expresamente el caso sometido a su conocimiento. En esta situación se recurre a otra u otras fuentes del derecho o a sus principios generales. Y, en última instancia, es de aplicación el principio jurídico por el cual lo que no está prohibido está permitido, salvo que sea contrario al orden público o a la moral.

De conformidad con lo enunciado en el párrafo precedente se puede aseverar que toda o cualquier conducta humana intersubjetiva puede catalogarse como permitida o prohibida por el derecho. Así, saludar a un amigo en la calle es tan jurídico como comprar un inmueble o cometer un homicidio. En efecto, nadie puede impedir que una persona salude a un amigo en tal circunstancia ya que no existe norma jurídica expresa que lo prohíba, por lo que es de aplicación el principio jurídico antes mencionado, considerando, además, que saludar a un amigo no es un acto contrario a la moral o al orden público.

Para disipar cualquier duda que pudiera surgir sobre el particular se tiene la expresa norma jurídica contenida en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República, que prescribe que son derechos de la persona no sólo los contenidos en el



ordenamiento jurídico positivo sino todos aquellos que deriven de su propia dignidad. Así, en caso de producirse la situación prevista en dicho numeral, el juez debe valorar el caso y aplicar los derechos humanos, los principios generales del derecho o el principio jurídico al que se ha hecho referencia. No es necesario, por consiguiente, que la conducta humana interferida, para ser jurídica, esté contenido en norma jurídica expresa.

2.1. Lo jurídico y lo antijurídico

“La palabra derecho (*directum*) aparece como por encanto en la historia, sale de la neblina del tiempo, sin que nadie pueda explicar por qué razón sustituye o asume, con frecuencia, al *jus* de los romanos que, no obstante el ignoto surgimiento de la expresión derecho, no desaparece sino que sobrevive en múltiples vocablos de raigal importancia, como justicia, jurisprudencia, jurista, juez, jurisdicción, judicatura, justiciable. Perdida en la bruma de la Edad Media la razón o motivo de este extraño cambio, podemos decir que ello constituye hasta ahora un misterio. Sin embargo, está claro que, aunque para algunos se trate de una mera suposición, la expresión derecho tomó el puesto de *jus* y significa la misma cosa. De ahí que en el mundo contemporáneo, por ejemplo, conviven las facultades de derecho al lado de aquellas otras que mantienen la tradicional designación de facultades de jurisprudencia, como ocurre en la Italia de nuestros días.”²⁵

Con lo dicho hasta aquí, es posible aseverar, por consiguiente, que la expresión jurídico

²⁵ Garrido Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito: Autoría y participación*. Pág. 309.



tiene los mismos alcances conceptuales que derecho. Ambas expresiones aluden al mismo objeto y a la misma disciplina. Es decir, tanto una como otra se refieren a lo mismo, por lo que resultan o deben entenderse como equivalentes. De ahí que los juristas utilicen indistintamente ambas expresiones, dándole el carácter de equivalentes, para referirnos al mismo objeto y a la misma disciplina.

Las normas jurídicas, que hacen referencia a las conductas humanas las catalogan genéricamente o como permitidas o como prohibidas. Ésta es la más amplia y primigenia apreciación jurídica de las conductas humanas. Las conductas prohibidas son, por consiguiente, tan jurídicas como aquellas permitidas. Ambas pertenecen al mundo del derecho, de lo jurídico. No obstante, es posible descubrir dentro de este dúplice grupo de conductas humanas, cuatro maneras de ser del derecho.

“En efecto, una norma jurídica completa contiene hasta cuatro maneras de ser del derecho. Nos referimos a la facultad o derecho subjetivo, al deber, al incumplimiento del deber o entuerto y a la sanción. Todas y cada una de estas maneras de ser son jurídicas, pertenecen al ámbito del derecho. Lo que ocurre es que, al recurrir al ordenamiento jurídico, podemos distinguir dentro de ellas las calificadas como lícitas de las ilícitas. Es tan jurídico cumplir con el propio deber como incumplir con él o, en esta última hipótesis, merecer una sanción, ya fuere civil o penal o ambas. No obstante, es lícito, de acuerdo con la normatividad vigente en un país determinado, ejercer un derecho subjetivo o facultad o cumplir con el propio deber, mientras que es ilícito el incumplir con dicho deber. Ello no significa que los primeros sólo sean jurídicos y que el último sea antijurídico. Lo antijurídico, en consecuencia, no es una categoría del

derecho, de lo jurídico. Lo antijurídico pretende designar aquello que jurídicamente es prohibido y que es ilícito según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico positivo.



2.2. Del delito

La teoría del delito se fundamenta en aspectos teóricos que le permiten desarrollarse plenamente en el campo práctico, al determinar con precisión si existen o no elementos constitutivos del tipo penal en los comportamientos humanos gestados en la sociedad.

Al respecto, Zaffaroni señala: "La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto. Por ello, la teoría del delito es la parte medular del derecho penal. Conocerla, adentrarse en ella, constituye el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito, renglón fundamental del universo jurídico."²⁶

El concepto nominal o formal define al delito como una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece que hechos son delitos, fija caracteres delictuales a un hecho, si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece.

El concepto substancial o material del delito establece elementos del delito como

²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal. Parte general.** Pág. 333.



presupuestos para que un hecho humano se considerado como delito. El delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. De este concepto se obtienen los elementos constitutivos del delito.

El tipo penal es el contenido eminentemente descriptivo de la norma penal, es la previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante.

Para que se produzca la ejecución del delito, debe intervenir un sujeto activo y uno pasivo. El activo es la persona física que comete el delito, llamado también; delincuente, agente o criminal. Será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad y otras características. El pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias: como el aborto, solo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

Todo delito lleva consigo elementos secundarios como son la acción, tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.

La acción es la conducta activa u omisiva voluntaria, que consiste en un movimiento de



un organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo. La posibilidad de cambio se da en los delitos frustrados como también en la tentativa. Si es involuntario caso fortuito u ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción se excluye del campo delictivo.

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

Con la acción viene la tipicidad que es la adecuación, es el encaje del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

Mientras que la antijuridicidad es la oposición del acto voluntario típico al ordenamiento jurídico. La condición de la antijuridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. El homicidio se castiga sólo si es antijurídico, si se justifica como por un estado de necesidad como la legítima defensa, no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas aunque sean típicas.

Por aparte, la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta de una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.



Por ello, para que haya culpabilidad tiene que haber imputabilidad por dolo o culpa y exigibilidad de una conducta adecuada a la prohibición o imperatividad de la norma. Y por faltarle alguno de estos presupuestos, no actúa culpablemente el autor, en consecuencia éste está exento de responsabilidad criminal.

Por otro lado, existen los elementos específicos del delito como son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Éstos son propios de cada delito y permite diferenciarlos. A través de estos se puede diferenciar el robo del hurto, especialmente con la tipicidad. El robo es la apropiación de cosa mueble ajena a través de la fuerza, el hurto es sin violencia ni fuerza.

2.3. Las penas

La pena, del latín poena que significa sanción, es la privación o disminución de un bien jurídico a quien haya cometido, o intente cometer, un delito. Toda conducta típica antijurídica y culpable es punible por regla, excepto cuando existen excusas absolutorias; no hay condición objetiva de punibilidad; no hay condición de perseguibilidad. La causa de la pena es el delito cometido. La esencia es la privación de un bien jurídico. El fin es evitar el delito a través de la prevención general o especial.

“A nivel de la ciencia y de la codificación penal está generalizado el empleo de la expresión penas privativas de la libertad para hacer referencia a la reclusión penitenciaria o rehabilitadora. Consideramos que a la luz de los aportes tanto de la filosofía como de la teoría del derecho, es posible distinguir la libertad, que



ontológicamente es el ser mismo del hombre, y por lo tanto eliminable sólo con la muerte del ser humano, del ejercicio de esta libertad a través de su fenomenalización, es decir, mediante su aparición en el mundo exterior como conductas intersubjetivas.”²⁷

La libertad, en cuanto esencia misma del hombre, no se puede privar mediante cualquier tipo de reclusión en un establecimiento rehabilitador. En esta triste circunstancia, el recluso no pierde su libertad, no se le priva de la misma, sino que tan sólo se le limita o restringe severamente su ejercicio. Si bien no podrá deambular por las calles o hacer vida familiar o concurrir a espectáculos, el recluso es libre de pensar, de imaginar, de proyectar subjetivamente y hasta de ejercer su libertad dentro de las limitaciones propias de su estado de reclusión.

“En los años cincuenta, la dictadura imperante en mi país nos ofreció por razones políticas, sin imaginarlo y menos pretenderlo, el que personalmente pudiéramos experimentar cómo vive un recluso y cuál es la capacidad de ejercicio de la libertad que disfruta en este penoso estado. Podemos decir, aunque suene a paradoja, que en esos días comprendimos, con toda lucidez, que éramos un ser libre. No dejamos de serlo por estar reclusos. Podíamos, así, imaginar, pensar, leer, escribir, jugar cartas, conversar, sentarnos, pararnos, caminar unos pasos, acostarnos, rezar, cantar. Descubrimos, de otro lado, que se nos había estrechado de manera notable nuestra libertad de ejercicio. Eran muchos y muy diversos los actos que no podíamos ejercer al estar reclusos en una celda. Pero esta pérdida ostensible en el ejercicio de nuestra libertad, en múltiples campos de acción no afectó nuestra libertad radical, nuestro propio ser. No dejamos ser

²⁷ Ibid.



el que somos. Comprendimos que era inexacto, por no adecuarse a la realidad, hacer referencia, a nivel del derecho penal, a las llamadas penas privativas de la libertad, y que era correcto, en cambio, por sintonizar con la verdad de la vida, designarlas como penas limitativas o restrictivas de la libertad. Es decir, que nuestras decisiones libres no podían transformarse en actos de conducta humana intersubjetiva. El ejercicio de nuestra libertad se hallaba tremendamente limitado, aunque ello no significaba que se nos hubiese privado de nuestra libertad radical.”²⁸

Sin embargo, la pena es la consecuencia directa a cualquier acto típico, antijurídico y culpable, que se encuentre debidamente regulado en la ley, bajo el principio de que no puede haber delito sin ley anterior. A partir de ello, se puede definir a la pena de diversas maneras.

Con la pena se pretende restablecer el orden jurídico violado. Por eso con el castigo se quiere dar al sujeto activo de la infracción una retribución moral. El castigo que se infringe con la pena, debe ser proporcionado al daño causado. Por ello, la pena actúa como defensa de la sociedad, esa su razón de ser. La finalidad de la pena es rehabilitar al individuo y evitar su reincidencia en el delito. Entonces, el sujeto activo del hecho lesivo, debe ser aislado y sometido a tratamiento penitenciario. Por ello, la pena actúa como intimidación que se causa contra el sujeto. La intimidación contra el sujeto es una forma de defensa social.

²⁸ Cury Urzúa, Enrique. *El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena*. Pág. 35



Las penas deben ser proporcionales al daño causado, por lo que la pena puede ser sustituida por otra medida, si se prueba que hay otros mecanismos para el caso concreto, que respondan eficazmente el daño causado. Esto es lo que se denomina el principio de la proporcionalidad concreta. Mediante su aplicación, el juez puede tener en cuenta, al momento de dosificar la pena, para compensar el daño y atenuar por ese medio la desigualdad social, factores como las circunstancias atenuantes, el ámbito familiar y social del reo.

Por eso es que la pena, que es consecuencia de haber obrado con culpabilidad o responsabilidad, tiene tres fines; preventivo, que se da con la amenaza de la carga afflictiva o sanción y que se traduce en un temor; retributivo, dado con la aplicación de la sanción; y, orientado a la resocialización del autor que se deriva de la ejecución de esa pena y que se supone redimirá a la sociedad del mal causado y que el delincuente ya no cometerá más ilícitos y podrá reintegrarse a la sociedad a la que pertenece.

La sanción no es únicamente la imposición de un mal; tal como sostienen los penalistas, la sanción es ante todo la respuesta a la lesión de una norma y esto tiene una importante consecuencia. La lesión de una norma tiene que fundamentarse en una relación determinada que está cerca tanto del aspecto comunicativo como del normativo: la sanción se debe basar en la infracción de una norma y debe estar estrechamente vinculada a ésta, si es que en verdad quiere ser la respuesta a esa afectación.

La sanción no debe ser la pura y unilateral imposición de un mal, sino debe mantener

un equilibrio con el daño causado. Por eso es que tiene que suceder a la lesión, por lo cual tiene que darse prisa de tal manera que se aplique consecutivamente a la afectación causada y de esta forma pueda ser, todavía experimentada como una respuesta a la lesión producida.

Luego la pena no puede superar en su intensidad a la intensidad de la lesión de la norma causada, por lo que debe ser proporcional a ésta, es decir, debe ser equitativa. De esta forma la infracción de la norma y su respuesta mediante una sanción se limitan mutuamente, lo cual las une y mantiene en una estrecha relación normativa; son, al mismo tiempo, experiencia y valor.

De otro lado, si se observa detenidamente la práctica de la aplicación de las penas en el ámbito cotidiano de la sociedad y se toman en consideración los resultados obtenidos por las ciencias de la experiencia, se podrá observar que éstas ofrecen, conjuntamente, resultados bien razonados y fructíferos que sirven como puente para llegar a la teoría de la pena dentro de la ciencia del derecho.

La sanción se trata de un acuerdo realizado en el marco de la relación normativo-social y que se refleja en las normas que deben regir la sociedad. La agresión experimentada por la norma, su lesión, no tiene razón en sí misma; es nula desde el punto de vista normativo y por sí misma insostenible, por eso es sancionada y negada a través de la sanción. Por su parte la sanción, que es proporcional a la infracción de la norma, es capaz de restablecer la vigencia de la norma lesionada. Se trata, entonces, de una relación fundamental entre la norma, su lesión y la sanción como restablecimiento de la



norma, o sea, una relación que también es retomada por las experiencias sociales en la vida cotidiana.





CAPÍTULO III

3. De la autoría mediata

El Artículo 35 del Código Penal dispone quiénes son considerados responsables penalmente del delito, no refiriéndose a los que cometen el hecho por medio de otro. De la omisión pudiere colegirse que en Guatemala se constituye una laguna de punibilidad para el autor mediato. Más, y acorde con la normativa vigente, toda inferencia de impunidad merece rechazo ya que, a fines de sanción, basta el correspondiente tipo penal de la parte especial, cuya aplicación no vulnera el llamado principio de legalidad, pues el pertinente castigo, junto con el ilícito al que pertenece y Tribunal que debe juzgar, se ha establecido con anterioridad a la perpetración.

Es autor el que materialmente realiza el hecho típico y con voluntad libre e inteligente pero el reproche cae si actúa sin albedrío y juicio y cual simple instrumento de otro quien, sin sus manos en el trance, podría sustraerse a un reclamo de condena si no fuese por la denominada autoría mediata.

“Desprendiéndose su origen de la figura del *Mandat* desarrollada por la ciencia italiana del derecho penal a fines de la Edad Media, la teoría del autor mediato se sustenta en gran medida por causa de la accesoriedad extrema que, al exigir al autor material también el requisito de la culpabilidad, produce que quien induce a un autor inculpable quede impune salvo que pueda reputársele autor mediato y el cual, instaurada ya la accesoriedad limitada, mantiene vigencia porque se demuestra que se trata



esencialmente de casos de autoría.²⁹

Esta autoría se enmarca en la denominada teoría del dominio del hecho, muy aceptada entre la doctrina penal guatemalteca moderna, para la cual, decisivamente, lo importante no es quién causa el hecho o ejecuta la acción típica sino quién domina la ejecución de ésta.

Siguiendo el esquema de Roxin, pues trata in extenso el tema e impulsa notablemente la teoría del dominio del hecho, autor mediato: "es quien hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad)."³⁰

El autor mediato siempre domina la realización del tipo que ejecuta un tercero y porque coacciona o aprovecha la falta de libertad volitiva por otras razones del instrumento, o sometido al hombre de atrás, que constituye una maquinaria de poder organizada.

El autor mediato debe ser sujeto plenamente calificado para cometer el hecho y concurrir en él los presupuestos objetivos y subjetivos del dominio del hecho y, así, no es posible autoría mediata en delitos de propia mano.

²⁹ Politoff, Sergio. **El Autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Pág. 254.

³⁰ **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Pág. 337.



3.1. Autoría mediata en delitos de dominio

El autor mediato puede dominar la voluntad ajena valiéndose de: 1) coacción; 2) error; 3) inimputables y menores; 4) utilizando una estructura de poder organizada.

La coacción se dirige directamente contra el intermediario porque éste tiene por virtud de su actuar en sus manos el curso del hecho y el sujeto de atrás logra así también tener el dominio del propio hecho.

Sí, en la idea general de coacción, cabe distinguir la fuerza o violencia física irresistible ejercida sobre el cuerpo y por la cual quien la sufre obra violentado, de la violencia moral, que es la que obra sobre el ánimo y por la que se dice que el hombre es coaccionable.

Si se obra violentado por fuerza física irresistible no concurre al acto la libertad psíquica ni física de dirigir la acción y el violentado es un mero instrumento de otro. En la violencia moral la voluntad del individuo está presente pero no es libre en su elección, él carece de la posibilidad de dirigir libremente su acción.

La coacción persigue crearle al instrumento una situación de no exigibilidad de otra conducta por fuerza moral irresistible o miedo insuperable, o determinarlo dentro de una condición creada por el hombre de atrás.

“Es autor mediato quien con amenaza de muerte obtiene que el amenazado quite la



vida a otro, y aunque el coacto en principio se niegue y después, persuadido por un tercero, se decida a ejecutar el hecho; el que coacciona es autor mediato y el que persuade sólo puede ser inductor. Mientras que Autor mediato es el que coacciona y consigue que otro incurra en actos objetivamente atípicos, v. gr. suicidio y autolesión, pero siempre que la coacción sea de intensidad, o sea, constituya violencia considerable o amenaza o peligro para la vida o integridad física del amenazado o para un allegado suyo.”³¹

El autor mediato, para producir un resultado ilícito, sin coaccionar, puede determinar a alguien a atacar a otro y para que éste, en legítima defensa, actuando lícitamente, mate a su agresor; quien determina es autor mediato porque domina el hecho ya que sólo por él el atacado, incapaz de decidir libremente, queda en situación ineludible de matar para salvar su vida.

El autor mediato dolosamente puede crear una situación de fuerza moral irresistible o de miedo insuperable, como hundir un bote que navega con dos personas a bordo que no saben nadar y para que una, la más fuerte, se haga del único salvavidas de la barca y se salve; el dominio de la voluntad reside en el hombre de atrás porque él manipula el hecho y lleva al instrumento a una situación que le limita su libertad para decidir.

El sujeto de atrás es autor mediato porque coloca al ejecutor en la misma disyuntiva que éste afrontaría si es coaccionado: cometer un delito o, si desiste, padecer un daño; el hombre de atrás, por su auxilio, es factor de modificación de la situación externa que

³¹ **Ibid.** Pág. 337.



da preponderancia a un sujeto sobre otro.

“Es autor mediato quien crea dolosamente para el instrumento un estado de necesidad exculpante supralegal que genera un conflicto moral, caso en que ciertamente puede hablarse de coacción, como cuando el hombre de atrás origina un escenario de choque de dos trenes repletos de pasajeros evitable sólo si el guardavías cambia las agujas y desvía un tren a una vía secundaria en la que sabe que laboran operarios que ineludiblemente morirán. El intermediario será exculpado porque toma una decisión ético social y el hombre de atrás, pese a no dominar en sentido psicológico la voluntad ajena, tiene la última decisión, tiene -en sentido jurídico- sus manos en el curso del hecho.”³²

Para sus fines, el autor mediato puede valerse de un ejecutor que yerra y que puede obrar sin dolo, o con imprudencia inconsciente, etc., puesto que autor mediato es quien tiene la determinación final del curso causal, o sea, capacidad para configurar cambios de la realidad enlazando los factores causales como quien tiene en sus manos el acontecer, y se sirve de un intermediario que, sin ser dominado, padece de error y actúa sin dolo y no tiene dominio del hecho.

“El autor mediato puede utilizar a un individuo que actúa con imprudencia inconsciente ya que tal obrar permite dominar el acontecer al hombre de atrás. El que el intermediario pueda castigarse por su imprudencia no afecta esta autoría porque el juicio de desvalor jurídico al ejecutor es por dejarse utilizar como mero factor

³² Soto, Miguel. *La noción de autor en el Código Penal chileno*. Pág. 13.



condicionante y por una falta de cuidado que de no haber existido habría interrumpido y redirigido el curso causal que dio lugar al resultado.”³³

También resulta autor mediato quien, sabedor de la antijuridicidad, tiene en sus manos la configuración del hecho con sentido, incluso si la cooperación del instrumento -de ser consciente de la antijuridicidad- pueda hacer que el dominio del hecho se presente como inducción o complicidad.

“Además, se considera como autor mediato quien provoca error en otro sobre los requisitos materiales de una causal de justificación, o aprovecha ese error, como ser el que persuade al ejecutor que el sujeto tras un arbusto le apunta con un arma y está pronto a abatirlo, o le facilita (aprovechamiento) un arma, y por cuanto determina al actuante directo a que dispare mortalmente en legítima defensa putativa.”³⁴

El hombre de atrás, acorde su plan criminal y por su conocimiento más amplio de la situación, puede configurar el hecho con sentido, en su significado delictivo, y permitir que el ejecutor por ignorancia obre como mero cooperador y que de ningún modo capte lo reprochable de su acción y no sepa que en poco tiempo ocurrirá algo que hace innecesario realizar la conducta típica que lleva a cabo. Así, es autor mediato quien a los dos tripulantes que no saben nadar del bote que se hunde portando un salvavidas les silencia que llegará ayuda pronto y por lo cual uno, para ganar el objeto y salvar, da muerte al otro.

³³ **Ibid.** Pág. 13

³⁴ **Ibid.**



El autor mediato puede hacer padecer un error sobre el sentido concreto de la acción al ejecutor directo reforzando a éste realizar el delito que sí ansía pero produciendo otro resultado del deseado y que es, en realidad, el querido por el hombre de atrás. De ahí que el instrumento actúa matando a uno distinto de quien pretendía, y como sólo de él depende acabar con una vida, el intermediario obra libremente y el sujeto de atrás, que no lo domina ni a sus decisiones, tiene igual el dominio del hecho porque la muerte producida es la querida por él y no por el actuante directo, quien obra como instrumento ciego que permite al hombre de atrás tener una realización vidente y voluntaria del sentido concreto de la acción.

“Este error lo instruye Zu Dohna y citan varios autores: A, sabe que miembros de una organización, traicionada por él, decidieron matarle y contrataron a un asesino C, y ha tenido rol determinante en la decisión un sujeto B, que ignora el plan concreto y del cual A sí está enterado. B, quien no se conoce con C, pretende a una dama D, hecho sabido de A y que por eso envía un telegrama a B como si fuera de D e invitándole donde el mismo A suele pasear. El día y hora de la cita arriba B, con esperanza de encontrarse con D, y está acechando C quien, confundiendo a B con A, dispara y da muerte a B.”³⁵

Además, el autor mediato puede utilizar un intermediario que obra típica, antijurídica y culpablemente, y padece de error sobre el sentido del riesgo, y como lo es, justamente, el ejecutor que, para que no peligre el inmueble, arroja por una ventana, al jardín de su vivienda, una granada que explota y causa la muerte del vecino, efecto previsto y desechado al seguir el consejo de quien, como experto en explosivos y mintiendo por

³⁵ Ibid. Pág. 14.



tener interés en tal deceso, antes manifestó que no era probable que el artefacto explotara al tocar el suelo.

El que como experto aconseja lanzar la granada por no ser probable que explote, y que sabe que ello sí ocurrirá, es autor mediato porque dirige el acontecer y su mayor conocimiento causal influye de manera decisiva en la conformación del suceso externo. Y, no hay autoría mediata si el resultado lo quería el ejecutor directo o le es indiferente o no habría obrado distinto de haber tenido el mismo conocimiento que el hombre de atrás.

En delitos como el hurto no se excluye la autoría mediata si el instrumento obra sin el ánimo subjetivo exigido por el propio tipo penal ya que el dominio del hecho supone que el individuo de atrás se apropia de cosa ajena sirviéndose de un tercero que, haciendo las veces de su mano o brazo extendido, da lugar al plan criminal trazado, siendo el ánimo de lucro que exige la ley sólo para delimitar el hurto de un mero desposeimiento ilegal o de un hurto de uso.

El hombre de atrás puede servirse de un instrumento que realiza una conducta objetivamente atípica, como por ejemplo, provocar el suicidio mediante error.

Es autor mediato quien no coacciona y provocando error obtiene que otro se quite la vida pues, acorde al plan homicida diseñado, el sujeto de atrás domina la voluntad en forma de determinación configuradora de sentido del hecho, en lo específico, acerca del verdadero sentido de la vida o del sentido individual de la muerte.



También es autor mediato el que provoca una conducta lícita, como ser pronunciado por sentencia penal condenatoria materialmente injustificada provocada por estafa procesal.

Por ejemplo, quien con engaño, como aportar pruebas falsas, logra que un juez penal, que no tiene como saber del embuste, pronuncia sentencia de condena para un inocente; quien surte la prueba espuria es autor mediato porque tiene la determinación configuradora de sentido del acontecer, esto es, el engaño, consistente en entregar pruebas falsas para fija el contenido del fallo.

3.2. Autoría mediata por medio de inimputables y menores

Es autor mediato quien motiva o da una cooperación cualquiera para cometer un delito a un inimputable, como es un enajenado mental, y en tanto éste carezca de comprensión del suceso desde el punto de vista intelectual o volitivo, no comprenda el injusto material o desvalor social de su acto o, teniendo claridad acerca de lo no permitido de su conducta, es incapaz de obrar con arreglo a esa comprensión.

También es autor mediato quien se vale de un ejecutor directo niño o adolescente menor de dieciséis años, o de un adolescente menor de dieciocho años y que carece de capacidad para comprender el injusto material de su acto o que, comprendiendo el carácter no permitido del hecho, no puede obrar con arreglo a su comprensión pero siempre que, en este último caso, determine al joven al hecho o lo posibilita.



3.3. Autoría mediata por medio de estructuras de poder organizadas

La autoría mediata puede hacerse efectiva a través de estructuras de poder organizadas y en las que el sujeto de atrás dispone de una maquinaria perfectamente ordenada, casi siempre de carácter estatal, y con cuya ayuda puede cometer multiplicidad de delitos y sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del intermediario, quien acciona, plenamente consciente, sin coacción o error.

Factor decisivo que funda esta autoría es la naturaleza absolutamente fungible o intercambiable del ejecutor quien, aunque actúe de manera libre y consciente, con plena culpabilidad, es para el individuo de atrás simplemente una persona anónima y sustituible a voluntad.

~~“La medida de responsabilidad del hombre de atrás aumenta mientras más lejos está del suceso y más cerca de los puestos superiores de la cadena de mando, o sea, la pérdida de proximidad al hecho se compensa por el quantum de dominio organizativo y el cual se acrecienta a medida que se avanza o se escala en la cadena de mando.”³⁶~~

El dominio de la voluntad descansa en la dinámica de la maquinaria, ella continúa funcionando pese a la merma que puede experimentar por la pérdida de un individuo que la sirve y lo cual hace que se destaque, respecto a la inducción, el comportamiento de los de detrás y que importa autoría.

³⁶ Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre (coordinadores). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*. Pág. 347.



“El ejecutor material pierde relevancia porque el dominio sobre la consumación de los hechos que se han ordenado es total en quienes controlan el sistema y automáticamente se reemplaza a quien no ejecuta, y por lo cual el plan trazado nunca puede frustrarse por decisión del intermediario, que es mero engranaje de una gigantesca máquina; el dominio no recae sobre voluntad concreta sino indeterminada ya que, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.”³⁷

“En la estructura de poder organizada, la figura del dominio por organización funda la autoría mediata y debe rechazarse una afirmación de coautoría o de inducción. No hay coautoría porque falta entre la persona de la cúspide y el instrumento el carácter conjunto de la resolución del hecho y de la ejecución. No hay inducción porque el autor de despacho sólo tiene que dar una orden y, en cambio, el inductor debe buscar un autor, contactarlo, y finalmente vencer su resistencia y enrolarlo para su plan, todo lo cual puede ahorrárselo quien manda en una organización jerárquica.”³⁸

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir si la estructura, en su conjunto, se sitúa al margen del ordenamiento jurídico ya que, si la dirección y los órganos ejecutores se mantienen ligados al ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio porque las leyes tienen el rango supremo y de suyo excluyen cumplir órdenes antijurídicas y, con ello, el poder de voluntad del sujeto de atrás.

³⁷ **Ibid.** Pág. 347.

³⁸ **Ibid.**

En estas organizaciones, que conforman a veces grupos mafiosos, paramilitares, etc. lo decisivo para la autoría mediata es que ellas cuenten, para cumplir sus designios delictivos, con el número suficiente, fácilmente intercambiables, de operadores que actúen bajo órdenes y no por iniciativa o cuenta propia.

Autor mediato no sólo es el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo.

Puede ser autor incluso cuando él actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena de autores mediatos.

3.4. Autoría mediata en delitos de infracción de deber

“Un sujeto calificado o intraneus puede valerse de otro que no lo es o extraneus para cometer un delito, como ser un Contralor municipal que pide a un amigo, no funcionario, solicitar dinero a un proveedor del Servicio y para que ese empleado municipal firme el Decreto Alcaldicio que ordena el pago de servicios prestados por tal proveedor. Si bien el extraneus tiene en exclusiva el dominio del hecho, el intraneus que determina a realizar el resultado jurídicamente desaprobado es autor mediato ya que por vulnerar el deber especial extra penal que le compete es que se produce el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo.”³⁹

³⁹ Roxin. Ob. Citl. Pág. 345.



3.5. Autoría mediata en delitos de omisión

El autor mediato se vale de un intermediario y dirige el suceso en virtud del dominio de la voluntad o impulsa como obligado a un acto exterior doloso y, por eso, no hay autoría mediata en delitos de omisión porque en éstos falta el característico impulso que imprime el hombre de atrás.

“Si un paciente demente mata a otro, al producirse el hecho de aquél por omitirse a su respecto una acción debida, que es impedir el hecho de un incapaz que debe ser vigilado, lo cual hace surgir la plena responsabilidad de garante que se tiene en relación a la actuación de terceras personas, el enfermero que cuida al enajenado causante de la muerte es autor directo por omisión y no autor mediato; el enfermero sólo podría ser autor mediato por comisión, y no por omisión, si se produjo el ataque determinando de algún modo al enajenado a realizar el hecho.”⁴⁰

Aunque la violencia contra el ejecutor baste para vencer su resistencia psicológica, sólo hay autoría mediata por coacción sí la ley no puede exigirle otra conducta al instrumento y, por eso, la regla general es que el gran dominio psicológico ejercido por el hombre de atrás no excluye la responsabilidad del ejecutor quien por ello es autor de propia mano e inductor quien lo requiere. Así, en heridas auto inferidas para eludir deberes militares sólo hay autoría mediata de lesiones si el coacto está en situación que, según la ley, excluye su culpabilidad.

⁴⁰ Ibid.



Los elementos centrales que definen la autoría mediata se encuentran determinados por la existencia de un sujeto activo que no toma parte directa en la acción; sin embargo, es el que determina y define que sea posible la realización de la conducta típica, antijurídica y culpable.

Asimismo, debe existir un ejecutor, que en este caso se vuelve instrumento o medio idóneo para llevar a cabo la acción, en el cual no exista el dolo o la culpa en su actuar, puesto que existen circunstancias atenuantes, como ser el medio o instrumento de un tercero, y en donde aunque el ejecutor se pueda percatar de la ilicitud del acto, las circunstancias que el autor mediato definen, hace inviable que el instrumento pueda decidir no hacer o no llevar a cabo el hecho.

De allí la importancia que tiene esta figura del autor mediato, especialmente para analizar conductas delictivas de personas jurídicas como sucede con una empresa privada.

CAPÍTULO IV



4. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos de los subalternos

“Hay coincidencia en la doctrina respecto de que, el denominado Derecho Penal de la Empresa, constituye una rama del Derecho Penal Económico.”⁴¹

Se trata, sin duda, de un universo de análisis que, desde hace ya algunos años, se encuentra en ebullición; de los cual es muestra elocuente los numerosos trabajos de investigación que, en la actualidad, se desarrollan.

La doctrina ha enfatizado las graves dificultades que se presentan al momento de tratar de precisar el concepto de Derecho Penal Económico. En términos generales, sin embargo, los autores concuerdan respecto a que este concepto irá en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica del Estado que ha generado sus normas.

Este interés se explica a partir del reconocimiento de que la participación de la empresa en el sistema económico la convierte en titular del rol de agente económico. En este contexto, precisamente, el orden económico puede resentirse “(...) cuando las actuaciones producidas en el ámbito del mercado empresarial (...), desbordan sus cauces legales y las líneas generales del sistema para adentrarse en prácticas no sólo

⁴¹ Ver al respecto: Terradillos Basoco, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Pág. 11.



de riesgo sino evidentemente lesivas en las que se pone de relieve que la utilización abusiva e incorrecta de los mecanismos de financiamiento produce ilícitos beneficios a los que la practican y lesiones o perjuicio a otros componentes de la sociedad o a terceros que con ellas se relacionan.⁴²

4.1. Concepto de derecho penal de la empresa y ámbitos que comprende

Sin dejar de reconocer las dificultades que ofrece la delimitación conceptual de esta materia, sobre la base de la misma, es posible inferir, con cierta claridad los ámbitos de estudio que comprende el derecho penal de la empresa.

Para Schünemann el concepto de criminalidad de la empresa alude a aquellos “delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.”⁴³

De esta manera, dos son los ámbitos respecto de los cuales puede predicarse el concepto: uno se perfila con la marca de una tendencia centrífuga, por cuanto comprende aquella criminalidad que, surgida en su seno, se proyecta al exterior a partir de la empresa (afectando intereses y bienes de terceros ajenos a ella); la otra, en cambio, podría ser calificada como centrípeta, dado que, aún cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan en contra de la empresa o de los

⁴² *Ibid.* Pág. 11.

⁴³ *Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.* Pág. 531.



miembros de las misma. O dicho en otras palabras, la distinción precedente puede reconducirse a la clásica diferenciación formulada por Schünemann: criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa. Por cierto que tal participación lo es bajo la adopción de alguna de las diversas figuras societarias que ofrece el derecho mercantil.⁴⁴

La preocupación del presente trabajo se centra en la primera categoría enunciada (criminalidad desde la empresa). Este recorte realizado dentro del universo de análisis no es, por cierto, casual. Esta actitud investigativa se justifica apenas se repare en que es a través de este ámbito por donde, de hecho, con más frecuencia, la delincuencia económica se puede desencadenar.

El ámbito de estudio se refiere, entonces, a aquellos casos en donde la criminalidad germina en la empresa y de allí se proyecta al exterior (criminalidad desde la empresa); no debe esperarse, sin embargo, que todos los tópicos que constituyen la discusión jurídico-penal en esta materia serán objeto de consideración.

En este sentido, un somero examen de las preocupaciones evidenciadas por la doctrina, permite observar que, la amplitud de intereses, es bien diversa, comprendiendo temas tales como: la responsabilidad penal de la empresa en sí misma; la responsabilidad penal de sus órganos y representantes, la posición de garantía en la empresa; el incumplimiento de los deberes de vigilancia por parte de los directivos; la responsabilidad penal por la toma de decisiones en órganos colegiados; etc.

⁴⁴ *Ibid.* Pág. 531.



En este caso, el análisis se limitará a elaborar el primer tópico enunciado en la enumeración precedente; esto es: la posibilidad de concebir una responsabilidad penal de la empresa misma.

Como se advertirá, la materia de este estudio no coincide, necesariamente, con el concepto de delito societario, a partir de que el mismo se entiende como: .aquellas infracciones que están constituidas por atentados al regular y ordinario desenvolvimiento de las sociedades, generalmente mediante actos de los órganos sociales, aún de hecho; esta falta de coincidencia se debe principalmente a que por regla, el concepto de delito societario se refiere a actos que afectan internamente a la sociedad.

Ello no significa negar que, en algunos casos, los intereses en juego resulten distintos a los de la sociedad.

Como muy bien lo puntualiza De la Rúa: "Estos intereses (...) no están necesariamente referidos a los socios (...), pues otras veces alcanzan, aún potencialmente a intereses de terceros en general, como ocurre con el incumplimiento de los deberes registrales que la ley impone en relación a ciertos actos sociales. En este aspecto, se advierte una notoria confluencia con intereses de fe o confianza colectiva, tomadas en su sentido amplio, como ocurre en los casos de falsos asientos (...)"⁴⁵

⁴⁵ De La Rúa, Jorge. *Los delitos económicos*. Pág. 13.



4.2. La persona jurídica y las formas básicas de vinculación con el delito

Dos son básicamente los grupos de casos en los que se pueden clasificar las posibilidades de conexión de la persona jurídica con el fenómeno delictivo. En efecto, siguiendo a Jaime Malamud Goti, se puede advertir la existencia de:

- 1) En primer lugar, un grupo de casos en los que "el uso de la personalidad societaria constituye una modalidad especial de burlar alguna disposición legal."⁴⁶

Se trata de hipótesis en las que la creación del ente ideal lo es ex profeso para la actividad delictiva, como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de aquellas corporaciones constituidas "con el propósito principal de evadir obligaciones impositivas u obtener beneficios sobre una base ficticia."⁴⁷

- 2) Junto a este grupo se encuentra un segundo, que se caracteriza, en cambio, porque la estructura societaria "refleja una organización orientada hacia una actividad permisible como tal y de cuyo ejercicio se derivan una o varias transgresiones que pueden configurar contravenciones o delitos."⁴⁸

Dicho en otros términos: los hechos antisociales propios de este grupo de casos

⁴⁶ Citado por: Rodríguez Mourullo, Gonzalo. **Algunas consideraciones político - criminales sobre los delitos societarios.** Pág. 678.

⁴⁷ **Ibid.**

⁴⁸ **Ibid.**



presentan como característica común haber sido cometidos en el escenario que ofrece una persona jurídica, cuyo objeto societario o actividad desarrollada no resultan ilícitos.

La distinción realizada servirá para perfilar con mayor precisión el universo de análisis que ha de presidir este trabajo. Sirve para ese cometido porque, según la opinión de los autores ambos grupos de casos exigen, para su tratamiento por parte del ordenamiento jurídico, la adopción de estrategias de muy distinto grado de complejidad que, incluso, han llevado a sostener la necesidad de construir un sistema de responsabilidad penal del ente ideal diferente de la responsabilidad que les corresponde a las personas individuales que integran los órganos de aquélla.

Para enfrentar el primer grupo de casos (esto es, sociedades destinadas ex profeso a la actividad delictiva) parece ser suficiente con acudir, por una parte, a los instrumentos jurídico-penales de imputación individual consagrados en la legislación penal común con el objeto de sancionar a los directivos (o, en términos generales, quienes ejerzan la representación) del ente ideal que haya realizado la actividad merecedora de reproche penal.

Junto a esta medida, también resultará de utilidad para prevenir tales comportamientos las normas de derecho privado, particularmente las previsiones del derecho societario sobre nulidad por objeto o actividad ilícita de la corporación.

Ello pues, en estos casos, está bien clara la identificación de la acción del sujeto que genera y provoca el resultado delictivo.



3) La determinación de una estrategia para dar respuesta al segundo grupo de casos ofrece un grado de complejidad mucho mayor. Es que la utilización, para estas hipótesis, de los instrumentos de imputación jurídico-penales convencionales no siempre va a permitir alcanzar soluciones adecuadas. Como muy bien observa Silva Sánchez: En la empresa "(...) nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía."⁴⁹

Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva -la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo- no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al derecho penal clásico.

Por todo esto, un sector relevante de la doctrina contemporánea, partiendo de esta observación, ha llegado a sostener que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos a través de la actividad societaria mediante el castigo de las personas individuales que integran los órganos de la misma, puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad sólo alcanza a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de

⁴⁹ Ob. Cit. Pág. 57.



decisiones, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune porque nadie reúne con su conducta los requisitos que se exigen para imponer la sanción penal.

“La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo [...] de convertir la organización de la responsabilidad [. . .] en la organizada irresponsabilidad. En efecto, se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica. Y este desplazamiento tiene como efecto un notorio menoscabo de la eficacia preventiva de la norma penal, cuyos márgenes de intervención se reducen en un doble sentido: hacia arriba, porque los directores no realizaron el hecho típico; hacia abajo, porque los ejecutores materiales quedarán frecuentemente al abrigo de la condena, dada la confluencia de factores diversos, como son el desconocimiento de las consecuencias de su propio modo de actuación -fruto de la división de trabajo y de la parcelación de la información en la empresa-; la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro de una escala jerarquizada; la eficacia autoexculpatoria de quien siempre puede alegar que actúa de un modo altruista en interés de la casa; la alta fungibilidad de los miembros que ocupan las escalas inferiores de la organización, etc.”⁵⁰

Los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización

⁵⁰ **Ibid.** Pág. 57



destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones.

En estas condiciones resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados. Lo que se produce es un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, siendo normal que a ninguna de ellas se pueda atribuir el hecho ilícito porque no reúne todos los presupuestos de la punibilidad. Los inconvenientes trascienden el plano procesal, pudiendo incluso proyectarse a problemas de derecho sustantivo, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos.

Se pueden clasificar las dificultades que, para este grupo de casos, entraña la utilización de sistemas jurídico-penales de imputación individual en dos tipos: a) de carácter procesal, y b) de carácter sustancial.

Los problemas reseñados han conducido a que, desde la perspectiva político-criminal, se elaboren distintas respuestas, que van desde soluciones intermedias que, negando la posibilidad de responsabilizar penalmente a los entes ideales, postulan ahora su punibilidad a título contravencional (con lo cual se traslada el problema del ámbito del derecho criminal al del derecho penal administrativo), ora la utilización, a su respecto, de medidas de seguridad, hasta el surgimiento de una fuerte corriente de opinión que propugna, directamente, la consagración de un doble sistema de imputación.



La característica de esta última propuesta residiría, esencialmente, "en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente, y de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema."⁵¹

Dado que la organización de la empresa adquiere con frecuencia una enorme complejidad puede suceder que, aun constando que alguien en el seno de la misma cometió el delito, resulte imposible determinar quién, por lo que se pueden identificar cinco modelos de responsabilidad de la persona jurídica:

- a) responsabilidad civil subsidiaria o acumulativa de la persona jurídica por los crímenes cometidos por sus dependientes;
- b) imposición de medidas de seguridad;
- c) aplicación de una sanción administrativa, con carácter de medida casi penal;
- d) responsabilidad penal verdadera" (alude a la consagración de sistemas de doble imputación), y
- e) medidas mixtas de carácter civil, administrativo y penal."⁵²

⁵¹ **Ibid.** Pág. 57.

⁵² De La Rúa. **Ob. Cit.** Pág. 181.



El delincuente económico no es un marginado, tal como ocurre con el delincuente común. Más bien pertenece a los sectores dominantes de la sociedad, por esta razón las sanciones que se le podrían imponer no cumplirían los mismos objetivos político-criminales asignados a la pena impuesta al delincuente convencional. Reaccionar frente a ambos con los mismos criterios, sería ilógico e inconsecuente, ya que la sociedad adopta actitudes totalmente diferentes frente a uno y otro tipo de delincuente.

Los delincuentes económicos no requieren resocialización, sino que el objetivo primordial de la pena frente a estos infractores es la intimidación. En este caso es aplicable el efecto shock de la pena de corta duración. En cuanto a la criminalidad económica, la pena de corta duración, es eficaz, ya que su efecto preventivo especial es exitoso frente a los autores provenientes de los niveles sociales más altos.

También pueden ser eficaces otro tipo de sanciones como: la amenaza de publicidad del proceso, en el que evidentemente se aprovechan las secuelas negativas de la estigmatización ocasionada por la acción represiva estatal; el cierre de la empresa; la inhabilitación profesional, que implica, según sea el caso, la prohibición temporal para cumplir funciones como gerente de una sociedad a la persona condenada por un delito concursal.

Respecto a las subvenciones estatales, se puede imponer la inhabilitación temporal para solicitar subvenciones o para tomar parte en concursos. En el caso de la empresa condenada por un delito contra la competencia, se le podrían imponer limitaciones temporales en su propaganda.



Todas estas sanciones tienen un claro objetivo contramotivador y disuasorio, que bien podrían aplicarse indistintamente a personas físicas y jurídicas. Estas sanciones pueden resultar más eficaces, dependiendo del tipo de infracción, que la pena individual, sea corta o larga.

Esta realidad permite establecer que los sistemas penales evidencian una distorsión estructural fundamental: sólo persiguen, con cierto grado de eficacia, la delincuencia convencional, definiendo como infractor a las personas pertenecientes a las clases subalternas.

Esta distorsión estructural fortalece la imagen estereotipada de un delincuente pobre y violento. Por ello es que partiendo de la definición legal, la criminalidad es un comportamiento que podría atribuirse a sectores privilegiados de la sociedad y no una minoría estigmatizada y desviada, como se hace tradicionalmente.

Sutherland definió la delincuencia de cuello blanco como la violación de la ley penal por parte de una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de una actividad profesional.

El infractor en este tipo de delincuencia es una persona respetable o de nivel socioeconómico elevado, lo que le permite ejercer, con mayor o menor éxito, suficiente influencia para impedir la intervención de la víctima o del aparato de persecución estatal.



Aunque el status económico elevado es una característica que ha sido objetada, es un indicador del que no puede prescindirse, ya que tiene, en la práctica, una importante influencia.

Además de estas características, se pueden agregar las siguientes:

- 1) Lesión de la confianza en el tráfico mercantil.
- 2) Comportamiento abusivo frente la ignorancia o ingenuidad de la víctima.
- 3) La planificación de la acción delictiva le permite al autor impedir o controlar su descubrimiento.

En algunas materias la complejidad de los textos que la regulan le permiten a los asesores especializados, crear las condiciones con las que impiden la aplicación de la ley, obteniendo beneficios injustificados e ilegítimos. La creciente intervención estatal en la economía y la utilización del capital anónimo facilitan la acción delictiva y dificultan notablemente su investigación.

Desde el punto de vista criminológico, la delincuencia económica se define como las infracciones lesivas del orden económico cometidas por personas pertenecientes a estratos altos en el ejercicio de su actividad mercantil.

La trascendencia social de esta delincuencia se manifiesta, en primer término, por la cuantía de los daños ocasionados y en segundo lugar, por el reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad. En muchas ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente de cuello blanco logra que terceros o subalternos



sean los autores materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, persecución del autor que realmente ha dominado la acción.

Estos son los rasgos criminológicos de mayor trascendencia. También debe destacarse, aunque en un segundo plano, que en este tipo de infracciones se lesiona, en muchas ocasiones, la confianza, explícita o implícita, en la economía.

La indulgencia generalizada frente a la delincuencia económica es uno de los obstáculos más importantes al desarrollar una política represiva frente a estas infracciones. El legislador, los jueces y la opinión pública tienden a menospreciar la trascendencia socio-política de estos delitos.

Los estereotipos dominantes sobre la criminalidad y el delincuente propician la exclusión directa o indirecta de la delincuencia económica, lo que genera la inactividad del sistema penal frente a la delincuencia de cuello blanco, así como la elevada cifra negra que la caracteriza.

La planificación e ingenio que requiere este tipo de delitos, así como la circunstancia de que su autor posee, en muchas ocasiones, conocimientos especializados que le permiten ocultar hábilmente su acción fraudulenta, plantea obstáculos insalvables a las autoridades judiciales y policiales que deben investigar estos delitos, pues además de los limitados recursos materiales a su alcance, no posee los conocimientos especializados que sí posee el autor de la infracción. Los jueces, los fiscales o los agentes policiales, generalmente no comprenden los fenómenos económicos y el



proceso penal tradicional no se adapta a los procesos cuyo objeto fundamental es de carácter económico.

La internacionalización de la criminalidad económica es otro obstáculo en la investigación de estas acciones delictivas. Las diversas fases de los fraudes millonarios se realizan en distintos países, tal como ocurre, por ejemplo, con la recepción de fondos privados para inversión. Esta situación plantea serias dificultades en la investigación; se requiere más tiempo para determinar las características y los elementos típicos del hecho criminal, así como una importante inversión de fondos públicos para poder localizar evidencias en otros países. La internacionalización facilita aún más el fraude, ya que al ciudadano común le resulta muy difícil evaluar las atractivas ofertas de una empresa que aparenta tener el sólido respaldo de un capital transnacional.

~~Los tribunales o los representantes de la fiscalía, carecen de recursos humanos y materiales para desarrollar una eficiente investigación en los delitos económicos, pues no se cuenta con un personal auxiliar especializado y numeroso, que es lo que se requiere en estos casos. Si no se cuenta con este auxilio, el fiscal no puede plantear su acusación o el juzgador no puede determinar la verdad sobre los hechos. Tampoco se ha planteado la posibilidad de crear jurisdiccionales especializadas en el conocimiento del delito económico, ocurriendo lo mismo respecto a los fiscales del Ministerio Público.~~

Esta especialización es indispensable, pues de lo contrario la ineficacia del sistema penal frente a la delincuencia económica seguirá siendo un hecho inevitable, como ha ocurrido hasta el momento.



La investigación de estos casos reviste especial dificultad, pues los indicios y rastros del hecho delictivo, a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra la integridad física, como el homicidio, no son evidentes. La aparente legitimidad de la acción fraudulenta plantea, desde el inicio de la investigación, serias dificultades.

El perjuicio económico provocado por la delincuencia económica, es cuantioso. “En Alemania se ha considerado que el valor de los daños ocasionados por la delincuencia económica se puede estimar en unos diez mil o quince mil millones de marcos por año.”⁵³

Esta cifra permite afirmar que los daños ocasionados por la criminalidad económica superan la totalidad de los ocasionados por el resto de la delincuencia.

~~En este punto el sistema político asume una posición convenientemente contradictoria,~~ ya que se pregona la necesidad de perseguir por igual la delincuencia convencional y la no convencional, pero a los órganos de persecución y al poder judicial no se le brinda la independencia y los recursos materiales que requieren para poder desarrollar una acción eficaz frente a la delincuencia económica.

Los perjuicios inmateriales provocados por la delincuencia económica se determinan en la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, las deformaciones en el equilibrio de los mercados y la grave distorsión o eliminación de la competencia. Estos efectos no se

⁵³ Tiedemann, Klaus. Poder económico y delito. Pág. 34.



pueden determinar de inmediato, sino que se producen a corto o mediano plazo.

Sin duda alguna, quien se beneficia con las ganancias ilícitas provenientes de las maniobras fraudulentas con las que evade impuestos y otros controles estatales, obtiene una posición ventajosa respecto a otros agentes económicos o frente al mismo consumidor, lo que le podría permitir, dependiendo de la magnitud del fraude, alcanzar posiciones ventajosas en el mercado, eliminar la competencia e incluso lograr el control monopólico del mercado.

Otro perjuicio intangible ocasionado por la delincuencia económica es el fortalecimiento y profundización de la corrupción en la Administración pública, pues en este tipo de delitos casi siempre se requiere la participación, por acción u omisión, de algún funcionario público. Dentro del efecto corruptor debe destacarse la financiación clandestina e ilegítima de los partidos políticos, ya que tanto el crimen organizado, como los narcotraficantes o las empresas que desarrollan una actividad sistemática de violación al ordenamiento jurídico económico, obtienen importantes beneficios al neutralizar la acción estatal mediante la financiación de las campañas políticas de los partidos mayoritarios.

Esta financiación clandestina o ilegal, le asegura al generoso contribuyente, una poderosa influencia política con la que neutraliza la acción estatal.

En estos casos, la generosa contribución a la campaña política se retribuye con el trato privilegiado que el partido le brinda, desde el aparato de poder político, al delincuente



económico que ha asegurado su inmunidad mediante una generosa contribución a la campaña.

“Es muy difícil establecer una explicación patológico-individual sobre el delincuente económico, tal como se pretendió, sin éxito, a través del famoso Psicograma de Mergen, cuyo objetivo fundamental era identificar las características que definen la estructura síquica de este tipo de delincuente.”⁵⁴

Algunas teorías sociológicas explican mejor la delincuencia económica, pues se parte del principio de que el crimen es un hecho social normal en las sociedades modernas. Además es de tomar en cuenta que la delincuencia económica difícilmente responde al esquema conceptual patológico que caracteriza la criminología tradicional.

Dentro de los enfoques sociológicos más importantes sobre la delincuencia económica, debe mencionarse la teoría de la asociación diferencial y la teoría de la anomia.

“La asociación diferencial fue propuesta por Sutherland en 1939, manteniéndose con modificaciones por Sutherland y Cressey en su obra titulada: Principios de Criminología. (1966). Se rechaza en esta teoría las explicaciones siquiátricas del comportamiento criminal, sin que tampoco se tome en cuenta la condición económica del infractor, lo que constituye una transformación conceptualmente significativa.”⁵⁵

Este planteamiento se encuentra dentro de las teorías de las subculturas y parte del

⁵⁴ Silva Sánchez, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Pág. 45.

⁵⁵ *Ibid.*



principio de que la delincuencia es el producto de un proceso de aprendizaje de interacción.

Esta teoría se resume en nueve postulados:

- “1. La conducta criminal es aprendida.
2. La conducta criminal es aprendida en interacción con otras personas dentro de un proceso de comunicación.
3. La parte principal del aprendizaje de la conducta criminal se produce mediante la interacción en grupos personales íntimos.
4. Cuando la conducta criminal se aprende, el aprendizaje requiere:
 - a) Técnicas para cometer el delito, que son algunas veces muy complicadas, algunas veces muy simples.
 - b) La dirección específica de los motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes.
5. La dirección específica de los motivos e impulsos es aprendida de las definiciones de los códigos legales como favorables y desfavorables.
6. Una persona pasa al acto delictivo debido a un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley sobre las definiciones desfavorables a la violación de la ley.
7. Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad.
8. El proceso de aprendizaje de la conducta criminal por asociación con patrones criminales y anti-criminales comprende todos los mecanismos que están involucrados en cualquier otro proceso de aprendizaje.
9. Aunque el comportamiento criminal es la expresión de un conjunto de necesidades y



valores, no se explica por tales necesidades y valores, puesto que el comportamiento no criminal es también expresión de las mismas necesidades y valores.”⁵⁶

Según esta teoría, la conducta criminal es la culminación de un proceso de aprendizaje en el que no se detectan necesidades y motivaciones diferentes al aprendizaje de una conducta respetuosa de la ley.

Los valores fundamentales en las sociedades actuales son el consumo y el enriquecimiento y el aprendizaje que se recibe pretende proporcionar los instrumentos para alcanzar esos valores. Se aprende el comportamiento criminal mediante la interacción personal en medio de grupos en los que prevalecen las interpretaciones favorables a la violación de la ley.

~~“El término anomia se refiere a ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que provoca, entre otras consecuencias, la conducta desviada de algunos de sus miembros. Esta situación de crisis guarda estrecha relación con la estructura, organización y el grado de desarrollo social.”~~ ⁵⁷

La teoría de la anomia parte de que el delito es un fenómeno social normal, aportando a esta teoría un concepto fundamental: La ruptura entre fines sociales y medios para alcanzarlos.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.



La conducta delictiva refleja la discrepancia entre las expectativas culturalmente preexistentes y los medios determinados por la estructura social para satisfacer tales expectativas.

Por lo que para explicar las causas del delito, se debe descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista.

El comportamiento desviado, como expresión de una conducta inconformista, tiene causas sociales y culturales, ya que tal conducta se origina en la discrepancia entre las aspiraciones culturalmente determinadas y los medios socialmente aceptados para obtenerlas.

La estructura social le facilita a los grupos dominantes la obtención de los valores culturales, pero se lo hace difícil o imposible de alcanzar a los demás. La estructura social actúa como una barrera o como una puerta abierta para la acción impuesta por los mandatos culturales.

Si no existe una adecuada integración entre la estructura cultural y la estructura social exigiendo la primera una conducta y unas actividades que la segunda impide, surge una definida tendencia que va desde el quebrantamiento de las normas hasta su abolición.

Así, la estructura cultural convierte la acumulación de riqueza material en un valor supremo para todos los ciudadanos, mientras que la estructura social restringe a ciertos



grupos sociales el acceso efectivo a los procedimientos legítimos que permitirían lograr tal meta.

La presión de la estructura social sobre el individuo propicia cinco tipos de adaptación:

1. Conformismo
2. Innovación
3. Ritualismo
4. Retraimiento
5. Rebelión.

Todos estos tipos de adaptación, excepto el primero, representan modalidades de conductas desviadas aunque no necesariamente criminales.

Al asumir una actitud innovadora, el sujeto conserva las metas culturales, pero rechaza los medios institucionales para lograrlas. Esta adaptación la asumen las personas de estratos sociales altos y bajos, manifestándose, de igual forma, en la delincuencia de cuello blanco.

El delincuente económico casi siempre presenta las características que definen la reacción innovadora, aunque si se trata de una sofisticada defraudación en las altas finanzas, no será fácil determinar que lo que parece un negocio genial, en realidad es un procedimiento ilegítimo y socialmente reprochable.



También este planteamiento es aplicable a la delincuencia común, pues cuando existe poca movilidad social y los valores predominantes son el éxito económico y el ascenso social, la conducta desviada se convierte en una reacción normal de las clases subalternas.

La delincuencia de cuello blanco casi siempre presenta las características que definen la adaptación innovadora, ya que la rebelión supone una ruptura que difícilmente asume la criminalidad económica.

Es en los niveles económicos superiores en donde puede apreciarse la presión hacia la innovación, que en muchas ocasiones parece borrar la diferencia entre esfuerzos a manera de negocios del lado de acá de las costumbres y prácticas violentas más allá de las costumbres.

En un sistema social en el que el valor cultural dominante es el éxito económico, la presión estructural es intensa hacia la conducta desviada, ya que los medios legítimos para lograr tal enriquecimiento, están limitados por una estructura de clases que no le brinda, en todos los niveles, iguales oportunidades a los individuos capaces.

La presión dominante se orienta hacia la utilización creciente de los procedimientos ilegítimos, ya que los legítimos resultan, generalmente, ineficaces.

La actitud innovadora y los procedimientos legítimos limitados para lograr el enriquecimiento, constituyen las características más sobresalientes del delito de cuello



blanco. Es decir, que cuando se trata de personas pertenecientes a los grupos económicamente más poderosos, tal como ocurre con la criminalidad económica, difícilmente puede admitirse que sean sujetos que no tengan fácil acceso a los medios legítimos para obtener el éxito económico.

Es precisamente, que la autoría mediata encuentra en las empresas, especialmente aquellas con una estructura jerárquica fortalecida, las condiciones propicias para realizar ilícitos de acción u omisión, puesto que las cadenas de mando permiten un libre juego de acciones al hombre detrás de la acción, así como una amplia gama de instrumentos o ejecutores, a su disposición, quienes, la mayoría de las veces mantienen una alta competitividad, en muchos de los casos fomentadas por la misma empresa, en donde se trata de cumplir las metas definidas por la estructura jerárquica, sin importar que con ello, se conviertan en ejecutores de ilícitos, por acción u omisión.

CONCLUSIONES



1. El derecho penal en la praxis, es utilizado como instrumento de coerción al servicio de la concepción penal dominante, problema que le impide alcanzar su fin ulterior como lo es el de reafirmar la norma infringida conforme a las ideologías de prevención general positiva y de prevención especial rehabilitadora o de la reinserción social.
2. El conjunto de garantías constitucionales y principios procesales que cimentan al derecho penal moderno, lo inducen a una reducción de sus finalidades, dado que de su observancia se obtiene exagerada humanización del delincuente, minimizando el antivalor de peligrosidad que el delincuente representa para la sociedad y con ello se anula el efecto inhibitor del derecho penal.
3. ~~Para enfrentar y erradicar las amenazas que representa el terrorismo financiero,~~ las democracias occidentales han apoyado el derecho penal del enemigo; ésta amenaza constituye excepción normativa al discurso garantista que fundamenta al derecho penal moderno, porque los sujetos contra los que se legisla, son excepciones en el sistema democrático y ello modifica la finalidad general del derecho penal.



4. La figura del autor intelectual en este tipo de delitos financieros, logra permanecer oculta, dado que posee las condiciones objetivas y subjetivas para mantenerse en el anonimato, aún cuando éste sujeto se convierte en el elemento central de la teoría del delito; su persecución es difícil, pues la participación del sujeto subordinado como autor mediato, distrae e imposibilita la investigación.

5. La identificación de la autoría intelectual en la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos de los subalternos; resulta dificultosa de identificar en virtud de que dicha omisión es producto de una acción dolosa o culposa ejercida por un subalterno que asume la conducta delictiva, dejando en el anonimato al autor detrás del autor del delito.

RECOMENDACIONES



1. Las facultades de Derecho de las universidades del país, deben promover el fortalecimiento del derecho penal garantista, para contribuir a superar la cultura castiguista que todavía prevalece en los operadores de justicia y en la sociedad guatemalteca, la que ha fomentado el aumento de los presos sin condena y la falta de aplicación de las medidas sustitutivas de la prisión.
2. El Ministerio de Gobernación, a través de la Academia de la Policía Nacional Civil, debe promover la cultura de respeto a los derechos humanos de los sindicados, aun cuando los mismos sean sospechosos de haber cometido actos ilícitos vinculados con el terrorismo y el crimen organizado, puesto que de esa manera se consolida el Estado de derecho en Guatemala.
3. El Ministerio Público, debe fomentar en sus agentes fiscales y sus auxiliares, el conocimiento de la teoría del autor mediato; especialmente en aquellos ilícitos que se llevan a cabo desde el derecho económico, puesto que de esa manera tendrán las herramientas jurídicas que les permitan combatir el crimen de "cuello blanco", el blanqueo de dinero y el financiamiento al terrorismo.



4. El Organismo Judicial, a través de la Escuela de Estudios Judiciales, debe capacitar a los operadores de justicia penal, para que estos tengan los conocimientos jurídicos adecuados que les permita discernir adecuadamente entre la autoría inmediata de la mediata; y, en este último caso, comprendan las distintas variantes que adopta esta figura jurídica.

5. El Colegio de Abogados y Notarios debe organizar e impartir seminarios orientado hacia los abogados litigantes en el ramo penal sobre la figura del autor mediato, para que éstos se informen las distintas circunstancias en que se genera esta figura, con lo cual puedan asesorar a su patrocinado; especialmente cuando ha sido instrumento del hombre detrás del acto.

BIBLIOGRAFÍA



- BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: Parte general**. 2ª ed. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.
- CESANO, José Daniel. **Problemas de responsabilidad penal de la empresa**. Ed. Bosch. Barcelona, 1998.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal: Parte general**. 4t.; 18ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **Derecho penal**. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2000.
- CURYURZÚA, Enrique. **El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena**. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 12, n° 1, 1985.
- DE LA RÚA, Jorge. **Los delitos económicos**. En: Revista de Doctrina Penal, Argentina, año 3, 1980.
- DE LA RÚA, Jorge. **Los delitos contra la confianza en los negocios**. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **El elemento subjetivo del delito**. Ed. Desalma. Buenos Aires, 1957.
- GARRIDO MONTT, Mario. **Etapas de ejecución del delito: Autoría y participación**. 1ª ed. Ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1984.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: Parte general**. Traducido por Manzanares Samaniego, José Luis. Ed. Comares. Granada, 1993.



MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. **La autoría mediata en el derecho penal: Formas de instrumentalización.** Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2002.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: Parte general.** 7ª ed. Ed. Montevideo; Buenos Aires, 2004.

MONTOYA, Mario D. **Mafia y crimen organizado.** 1ª ed. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: Parte general.** Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1993.

POLITOFF, Sergio. **El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Ed. Gaceta Jurídica. Santiago, 2001.

POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre (coordinadores). **Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes Santiago - cono sur.** Ed. Gaceta Jurídica. Santiago, 2000.

RIGHI, Esteban; FERNÁNDEZ, Alberto A. **Derecho penal: La ley. El delito. El proceso y la pena.** Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1996.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado.** Ed. Editoriales de Derecho reunidas. Madrid, 1991.

RÍOS ARENALDI, Jaime. **De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpressividad legal constituye una laguna de punibilidad.** En: Revista Política criminal. nº 2. Santiago de Chile, 2001.



RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. **Derecho penal español: Parte general**. 18ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 1995.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**. En: Anuario de derecho penal y Ciencias Penales, Madrid, 1984.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. En: Anuario de derecho penal y Ciencias Penales, Madrid, 1984.

SOTO, Miguel. **La noción de autor en el código penal chileno**. Ed. Gaceta Jurídica. Santiago, 1986.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Ed. Trotta. Madrid, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal. Parte general**. Ed. Lázaro Cárdenas. México, 1991.

Legislación:

Constitución **Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente. Guatemala, 1986.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 1973.



Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República. Guatemala,
1994.