

DERECHO PENAL CENTRAL

REVISTA DEL ÁREA DE DERECHO
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
Y
DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE DERECHO PENAL E
INVESTIGACIONES CRIMINOLÓGICAS

2020

Revista Derecho Penal Central

ISSN 2697-3251

N.º 2 enero a diciembre 2020 (año dos) Quito - Ecuador - anual

La revista Derecho Penal Central se encuentra publicada, además, en medio digital
ISSN 2697-3359

<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec/>

<http://revistadigital.uce.edu.ec/>

Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas penales. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

Esta revista debe citarse así: *Revista Derecho Penal Central*, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador e Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, enero-diciembre 2020 N.º 2, Quito.

Los artículos publicados en original en esta revista serán de propiedad exclusiva de ésta.

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

- La revista se sujeta a las normas emitidas por el COMMITTEE ON PUBLICATION ETHICS - CODE OF CONDUCT IN BEST PRACTICES GUIDELINES FOR JOURNALS EDITORS (COPE).
- La revista Derecho Penal Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio URKUND.
- Los artículos emitidos por los autores son enviados a pares revisores externos, bajo el sistema de BLIND PEER REVIEW.
- La instancia final responsable de la edición es la coordinación de la revista.

COMITÉ EDITORIAL

Ramiro J. García Falconí	(Universidad Central del Ecuador)
José Luis González Cussac	(Universidad de Valencia)
Javier Fernández Teruelo	(Universidad de Oviedo)
Miguel Abel Souto	(Universidad Santiago de Compostela)
Miguel Díaz y García Conlledo	(Universidad de León)
Miguel Ángel Núñez Paz	(Universidad de Huelva)
Javier de la Fuente	(Universidad Nacional de Buenos Aires)
Káterin Gabriela Vallejo Vaca	(Universidad Central del Ecuador)

Director de la revista:

Ramiro J. García Falconí

Coordinadora académica de la revista:

Káterin Vallejo Vaca

Edición de textos y diagramación:

Cristina Pólit García - Carlos Ortega Mora

Colaboración:

Andrea Yessenia Morales Lloré - Iris del Belén Franco López
Universidad Central del Ecuador

Entidad editora:

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Av. Universitaria s/n, Quito - Ecuador, Código postal 170129
Correos electrónicos: fjcps.subdecanato@uce.edu.ec decanato.fjcps@uce.edu.ec
derpenalcentral@gmail.com

Para suscripciones y/o cualquier comunicación dirigirse a:

Revista Derecho Penal Central
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador, Quito - Ecuador
Correos electrónicos: fjcps.subdecanato@uce.edu.ec decanato.fjcps@uce.edu.ec
derpenalcentral@gmail.com

Impresión:

Imprenta Voluntad

**AUTORIDADES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR**

FERNANDO SEMPÉRTEGUI ONTANEDA
RECTOR

VICERRECTORES:

MARÍA AUGUSTA ESPÍN ESTÉVEZ
VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSTGRADO

MARÍA MERCEDES GAVILÁNEZ ENDARA
VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

MARCO ARROYO POSSO ZUMÁRRAGA
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

EDWIN PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA
DECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ
SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CÉSAR ROSENDO MUÑOZ PAZMIÑO
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

ÍNDICE GENERAL

- Delitos contra la integridad moral en el código penal español:
tortura, trato degradante, acoso laboral, maltrato familiar, trata
de seres humanos
MIGUEL POLAINO-ORTS 15

- La empresa criminal conjunta como forma de imputación a
título de coautoría y participación
DELIO DANTE LÓPEZ MEDRANO
LILIANA PÉREZ DE LA ROSA 69

- Perfiles criminológicos y asesinos en serie:
un enfoque a mujeres asesinas
CAMILA MARÍA ROMERO FRANCO 119

- La prisión preventiva, su uso proporcional y racional en el
Ecuador bajo estándares del Sistema Interamericano de
Derechos Humanos
MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA 169

- Ejecución penal y determinación cuantitativa de la pena.
Hacia una dogmática de la prisión
PABLO ANDRÉS VACANI..... 219

- <i>¿Atribución objetiva en el delito doloso?</i> ARMIN KAUFMANN	269
- Instrucciones a los autores	311
- Política de derechos de autor	315
- Responsabilidades de las personas revisoras externas	316
- Código de conducta y mejores prácticas directrices para editores de revistas	318
- Políticas de ética y detección de plagio	337
- Políticas de preservación digital	339

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:
TORTURA, TRATO DEGRADANTE, ACOSO LABORAL, MALTRATO
FAMILIAR, TRATA DE SERES HUMANOS

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:
TORTURA, TRATO DEGRADANTE, ACOSO LABORAL,
MALTRATO FAMILIAR, TRATA DE SERES HUMANOS¹**

MIGUEL POLAINO-ORTS²
UNIVERSIDAD DE SEVILLA-ESPAÑA

RESUMEN:

Analizar el bien jurídico protegido en algunos delitos contra la integridad moral recogidos en el Código Penal español.

PALABRAS CLAVE:

Integridad moral, tortura, trato degradante, acoso laboral, maltrato familiar, trata de seres humanos.

¹ Artículo presentado por el autor el 28 de abril de 2020 y aprobado para su publicación el 26 de junio de 2020.

² Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla
orcid.org/0000-0002-7634-813X

ABSTRACT:

Analyze the legal asset protected in some crimes against moral integrity included in the Criminal Code in Spain.

KEYWORDS:

Moral integrity, torture, degrading treatment, workplace harassment, family abuse, human trafficking.

I. SISTEMÁTICA LEGISLATIVA

Dos títulos del libro II del CP se ocupan de incriminar los tipos penales que afectan al bien jurídico de la dignidad personal, que el legislador cataloga como integridad moral (como concepto complementario al de la integridad física): el título VII y el título VII bis:

- El título VII lleva por rúbrica «*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*» y abarca los artículos del 173 al 177 CP. La intitulación legislativa, combinación de rúbrica descriptiva y de fijación del objeto de tutela, cita en lugar primero y preferente al delito de tortura, relegando las restantes figuras a un lugar secundario y derivado bajo la mención de «*otros delitos*» contra la integridad moral. El desacierto del legislador es notorio, porque el contenido lesivo de injusto de esas «*otras*» figuras (alguna heredera de las antiguas faltas contra las personas de maltrato de obra o de vejación injusta, pero otras, como el acoso laboral o el maltrato familiar, de entidad delictiva incuestionable) es de tal magnitud que no se las pueden considerar tipos *asegurados* al tipo «*principal*» de la tortura. Los tipos penales contra la integridad moral que incrimina el legislador son, esquemáticamente, los siguientes:
 1. Tipo común de delito contra la integridad moral (art. 173.1, primer párrafo).
 2. Acoso laboral (art. 173.1, segundo párrafo).

3. Acoso de morada o asedio inmobiliario (art. 173.1, tercer párrafo).
 4. Maltrato familiar habitual (art. 173.2 y 3).
 5. Injuria o vejación injusta leve en el ámbito familiar (art. 173.4)
 6. Tortura, donde se prevén varios tipos penales:
 - a) Tortura funcional en el ámbito policial (art. 174.1)
 - b) Tortura funcional en el ámbito penitenciario (art. 174.2)
 - c) Tipo atenuado de tortura funcional (art. 175)
 - d) Tipo omisivo de tortura (art. 176)
 - e) además de una cláusula de penalidad concursal (art. 177).
- El título VII bis, introducido en el texto del Código por la LO 5/2010, de 22 de junio, lleva por rúbrica *De la trata de seres humanos* y se integra de un único (largo y farragoso) precepto, el artículo 177 bis, reformado últimamente por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015).

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La rúbrica del título VII menciona, como objeto de tutela penal, la integridad moral, que, ante la ausencia de una definición legal, la doctrina define como la estimación y dignidad que a toda persona es debida por el mero hecho de serlo (BLANCO LOZANO). Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que este bien jurídico abarca diversas facetas y manifestaciones de la

personalidad, como el reconocimiento de la propia identidad, el respeto, la autoestima e incluso el equilibrio psicológico. De este modo, se confiere relevancia y tutela penales a una institución de largo reconocimiento constitucional (art. 15 CE) e internacional (artículos, 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950). Según el artículo 15 CE:

«Todos tienen derecho (...) a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

El legislador español parece configurar el bien jurídico de la integridad moral (en el sentido de psíquica) como algo diferente y complementario respecto de la integridad corporal (en el sentido de física). Pero ni esos dos bienes jurídicos ni las conductas que los lesionan pueden delimitarse tan claramente, como si fueran compartimentos estancos nítidamente entre sí: un ejemplo de ello es que el legislador, en esta misma sede de los delitos contra la integridad moral, incrimina en el artículo 173.2, el delito de maltrato familiar habitual, castigando a quien *«habitualmente ejerza violencia física o psíquica»* en el ámbito familiar, de manera que se incorporan aquí actos de violencia física que seguramente hubieran encontrado mejor acomodo entre los delitos contra la integridad física.

Según la STC 120/1990, de 27 de junio, la integridad moral se identifica con la dignidad y la inviolabilidad de la persona, y abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento

de su titular. Además, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (así, STS de 8 de mayo de 2002).

III. TRATO DEGRADANTE

A) Tipo común

Según el artículo 173.1, párrafo 1.º, del 173 CP:

«El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

El Tribunal Constitucional define trato degradante como la humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado (STC 65/1986, de 22 de mayo, ponente: Latorre Segura). Por su parte, el Tribunal Supremo lo define como: *Aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar [...] su resistencia física o moral* (STS de 29 de septiembre de 1998, ponente: Ramos Gancedo).

Estas definiciones jurisprudenciales no logran superar la ambigüedad y vaguedad terminológica del concepto de trato degradante, cuya definición se remite tautológicamente a conceptos (como humillación, sensación de envilecimiento, terror, angustia, etc.) que son carentes, a su vez, de un contenido claro y delimitado.

La conducta típica gira en torno a dos elementos: la propia acción delictiva (infligir un trato degradante) y un resultado material (menoscabar la integridad moral de manera considerable o grave). Entre uno y otro componente existe una relación causal o, mejor, medial (PÉREZ CEPEDA) La acción típica consiste, entonces, en infligir a otra persona un trato degradante de forma idónea para que produzca el resultado del grave menoscabo de su integridad moral.

Esos dos componentes típicos deben ser entendidos en sentido normativo. Ello quiere decir que el tipo penal no prejuzga el modo en que deba llevarse a cabo dicho trato humillante ni la forma en que deba producirse el atentado contra la integridad moral. Tales actos pueden ser realizados, pues, de muy diversas formas fenomenológicas, siendo indiferente cuáles sean, así como que consistan en una acción o en una omisión.

El verbo típico consiste en infligir un trato degradante y no meramente en degradar a otro. Ello ha llevado a un sector doctrinal a exigir que exista una cierta permanencia o duración en el tiempo o, al menos, una repetición del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría trato sino simplemente ataque. La jurisprudencia, por el contrario, ha estimado también que concurre el tipo penal en casos consistentes en una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad personal suficiente: en otras palabras, un solo acto aislado puede ser calificado, por su brutalidad, crueldad o capacidad de humillación, como degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

Antiguamente se delimitaba la gravedad del menoscabo a la integridad moral en función de la naturaleza, entidad y

duración del acto humillante, de manera que el comportamiento particularmente cruel integraba el delito, relegándose otros supuestos de menor intensidad para la falta de vejaciones injustas leves del antiguo 620.1 CP. Desaparecidas las faltas, sería impune la conducta que originara un menoscabo leve de la integridad moral, salvo que sea subsumible en el tipo de injuria o vejación injusta leve en el ámbito familiar del artículo 177.4 CP. El problema estriba, precisamente, en valorar si concurren los elementos típicos de manera fehaciente y bastante.

Así, la jurisprudencia ha estimado como trato degradante de suficiente entidad delictiva las siguientes conductas: guardia civil que rasura las axilas de un detenido para analizar el vello y someterlo a un test de drogadicción (STS de 16 de diciembre de 1996); propinar golpes e introducir la cabeza de la pareja en el inodoro (SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000); pintar el cuerpo con pintura rosa y cortar drásticamente el pelo a otro antes de abandonar desnudo en medio del monte (STS de 8 de mayo de 2002); desnudar, rasurar el vello púbico, cortar el pelo, obligarle a estar presente mientras otro hacía sus necesidades (SAP de Alicante de 23 de mayo de 2001).

En cambio, la jurisprudencia ha negado la existencia del delito en los actos de sumergir dos veces a otro en el agua de la piscina (SAP de Baleares de 29 de septiembre de 1998); escupir, agarrar por los brazos, empujar contra la pared, dar un fuerte tirón de la mochila (STS de 10 de febrero de 2015); profesora que, en el marco de una actividad de juego, ata a los alumnos a la silla (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de mayo de 2004), etc.

El tipo subjetivo es eminentemente doloso, si bien no incorpora expresamente ningún elemento subjetivo del injusto.

El dolo eventual, por tanto, es técnicamente admisible, aunque, como observa TAMARIT SUMALLA, difícilmente aplicable dada la propia dinámica de la conducta. En tanto delito de resultado es apreciable la tentativa.

En cuanto a la diferencia ontológica entre trato degradante y tortura, nuestra jurisprudencia parece acoger (por todas, véase la STS de 8 de mayo de 2002, ponente: Sánchez Melgar) la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el cual el trato degradante implica una conducta menos intensa que la tortura, aunque generalmente caracterizada por la nota de la habitualidad (*cf.* SS TEDH de 28 de enero de 1979 y de 25 de febrero de 1982).

B) Acoso laboral

El artículo 173.1, 2.º párrafo, tipifica el delito de acoso laboral, introducido en nuestra legislación por la LO 5/2010, de 22 de junio, y conocido también con los anglicismos de *mobbing*, *bossing* o *bullying*:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

A efectos de penalidad, el texto legal se remite a la fijada para el tipo común de trato degradante del párrafo anterior del mismo precepto. Pero, en cambio, se delimita de

él al circunscribirse esta modalidad de acoso al ámbito laboral o funcional y, además, por no llegar el acoso, a pesar de su reiteración de actos, a la categoría de trato degradante. Con ello, en puridad, el legislador está, si cabe, rizando aún más el rizo de los conceptos jurídicos, al introducir distinciones no fácilmente delimitables en la práctica entre figuras que, en realidad, se superponen en muchas ocasiones entre sí.

Veamos los elementos esenciales en torno a los cuales gira la figura de acoso laboral:

- La conducta típica consiste en la realización reiterada de actos de humillación que no constituyan un trato degradante pero sí un grave acoso a la víctima. Lo más problemático será, a este respecto, determinar cuándo existe trato degradante (y, por tanto, concurre el delito del párrafo primero del artículo 173.1) y cuándo no, y entonces concurriría acoso laboral: la configuración del tipo impediría prácticamente la apreciación de acoso laboral porque, en puridad, toda realización reiterada de actos de humillación produciendo un grave acoso a la víctima tendrían que ser valorados inexorablemente como un trato degradante. Hubiera sido preferible que el legislador se olvidara de delimitar los dos tipos cuantitativamente y lo hubiera hecho sólo competencial o materialmente: todo acoso en el ámbito laboral entraría dentro de este tipo y fuera del ámbito laboral, en primero de ellos.

- Existencia de una relación laboral o funcional en la conducta que media entre sujeto activo y sujeto pasivo.

- Prevalimiento de una relación de superioridad, de manera que el sujeto activo ha de mantener una relación jerárquicamente sobre ordenada a la del sujeto pasivo.
- La ejecución de actos hostiles o humillantes, que ha de ser, en este caso, reiterada, no bastando en este caso con un único acto aislado.
- Sobre la conveniencia político-criminal de este tipo delictivo, el legislador, en el Preámbulo de la LO 5/2010, justificaba de esta manera la introducción del acoso laboral:

«[...] dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiéndose por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas».

En cualquier caso, la inclusión del delito en esta sede nos parece desafortunada, por cuanto hubiese sido deseable, desde una perspectiva técnica y sistemática, su inclusión en el marco del título XV del Libro II, esto es, de los delitos contra los derechos de los trabajadores, pues eso es precisamente lo que es el acoso laboral: un comportamiento contra el trabajador o empleado público en su entorno laboral o administrativo.

C) Acoso de morada o asedio inmobiliario

Junto al acoso laboral, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo otro nuevo delito de acoso o asedio, esta vez en el ámbito inmobiliario, que es tipificado en el párrafo 3.º y último del artículo 173.1:

«Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

La incorporación del asedio inmobiliario o acoso de la morada pretendía responder al fenómeno social, criminológico y victimológico de los llamados *asustaviejas*: especuladores que inciden contra inquilinos, por regla general de avanzada edad y residentes en inmuebles de renta antigua, realizando actos (cortes de luz u otros suministros, conminaciones amenazantes) tendentes a lograr un expedito abandono del hogar en que se residen (HERRERA MORENO).

Las características típicas esenciales del asedio inmobiliario pueden resumirse en los siguientes puntos:

- La conducta típica consiste en la realización de actos hostiles o humillantes no llegan a constituir trato degradante. Esta delimitación es, como en el caso anterior, criticable. En lugar de la diferenciación cuantitativa, hubiera sido preferible la distinción puramente material o de especialización: no aludir a que el acto constituya o no trato degradante sino

reconducir a este delito todos los actos de ese género que se realicen en el ámbito inmobiliario, constituyan o no trato degradante.

- La exigencia de reiteración delictiva excluye del tipo la realización aislada de una conducta hostil en el ámbito inmobiliario.
- El elemento tener por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, más que un elemento subjetivo del injusto (como lo parece configurar el legislador) debe ser entendido, en sentido objetivo, como la delimitación material del contexto en que se ha de llevar a cabo el asedio inmobiliario con fines especulativos.
- Finalmente, con relación a la conveniencia político-criminal de la figura, el Preámbulo de dicha LO 5/2010 explicaba que:

«al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se

derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno».

La razón de ser de este precepto resulta, en nuestra opinión, harto discutible, máxime cuando el legislador ya había introducido, a través de la misma LO 5/2010, un tipo agravado de coacciones en el artículo 172.1 párrafo tercero, para el caso de que las mismas tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Teniendo en cuenta ese precepto, resulta de todo punto innecesaria la figura de acoso inmobiliario, que -además- carecería de campo de aplicación al ser el delito de coacción inmobiliaria *lex specialis* y, por ende, de preferente aplicación. En aquellos casos en que no se consiga impedir dicho disfrute, se estaría en presencia de tentativa del citado 172.1. 3.º.

IV. Maltrato familiar habitual

La reforma que, en su día, operó en el texto punitivo la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, incurrió en el incomprensible contrasentido técnico y sistemático de duplicar la regulación del maltrato familiar en dos sedes diversas, cuyos contenidos se superponen entre sí, al margen de la descripción confusa, farragosa y reiterativa de los tipos penales en sede de delitos contra la integridad moral y contra la integridad física.

En efecto, el delito de maltrato familiar habitual, anteriormente a dicha Ley Orgánica tipificado en sede de lesiones (concretamente en el antiguo art. 153 CP), fue trasvasado por la citada LO 11/2003 a la esfera de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, esto

es, al artículo 173 CP, con lo que la regulación del delito de violencia intrafamiliar, en vez de resultar homogénea y coherente, queda diezmada, desestructurada, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica y, por ende, de eficacia en su aplicación. El criterio técnico y sistemático correcto no hubiese sido otro que el de mantenerlo en sede de las lesiones, junto al adyacente tipo, básico y genérico, de maltrato familiar del artículo 153.

Las razones que, en todo caso, esgrimió el legislador para llevar a cabo la incomprensible escisión de un mismo delito, simultáneamente, en dos sedes diversas y con bienes jurídicos diferentes, no fueron otras que las de -increíble y paradójicamente- *una mejor sistemática*, según consta en la Exposición de Motivos de la citada LO 11/2003, de 29 de septiembre:

«El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se han incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido. [...].

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento».

El delito de maltrato familiar habitual, en la redacción ofrecida por la última ley de reforma en esta materia: la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigencia desde el 1 de julio de 2015), se configura en los apartados 2 y 3 del artículo 173 CP con este tenor:

Art. 173.2.: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la

pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada».

Art. 173.3: *«Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos*

violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Entendemos que este delito de maltrato familiar habitual (al igual que el básico y genérico del art. 153 CP) integra una tipología pluriofensiva, de manera que son objetos tutelados a través de la norma penal los siguientes:

- La integridad moral y la dignidad no sólo de la víctima directa de los actos violentos, sino de todos los miembros de la unidad familiar, afectiva o de convivencia.
- La salud física y psíquica de los miembros de la unidad familiar, afectiva o de convivencia.
- La seguridad de los miembros de la unidad familiar o análoga.
- El desarrollo de la personalidad de tales miembros en un entorno de afecto, protección, respeto y libertad.
- La educación, desarrollo y formación de los menores de edad que integran la unidad familiar o análoga.
- La paz familiar y los vínculos de afecto y sana convivencia.

El delito es de carácter especial, ya que el sujeto activo tiene que estar relacionado con el pasivo por alguno de los lazos familiares, afectivos o de convivencia referenciados en la norma. A nuestro modo de ver, y tal y como se desprende del análisis

del objeto tutelado, sujeto pasivo del delito lo será no solo la víctima inmediata de la violencia, sino también, mediatamente y por el ataque a la dignidad, seguridad, respeto y paz familiar y en la convivencia, toda la unidad familiar o análoga, y muy especialmente los menores de edad.

Conforme al texto del precepto, el delito puede cometerse también, verbigracia, después de disuelto el matrimonio entre ofensor y ofendido, o extinguida ya la relación afectiva, exigiéndose entonces que las violencias tengan como causa o motivo tales relaciones pasadas.

La conducta típica queda nucleada en torno a la acción de ejercer habitualmente violencia física o psíquica sobre las personas del núcleo familiar o análogo. Varios son los elementos que deben destacarse en la configuración del tipo penal:

- De un lado, la existencia alternativa de violencia física o psíquica:
 - Por violencia física debe interpretarse aquí, nuevamente, el acometimiento físico agresivo directamente aplicado sobre las personas.
 - En cuanto a la violencia psíquica, no es un concepto fácil de definir ni de precisar, dada la amplitud y diversidad de connotaciones y matices en él presentes. En todo caso, parece claro que la misma implica acciones tales como vejaciones, agravios, desconsideraciones, insultos, opresión, coerción, descalificaciones, humillaciones, etc.

- De otro, el elemento de la habitualidad delictiva que se viene entendiendo, interpretando y aplicando por nuestra jurisprudencia mayoritaria, en aras de la protección del bien jurídico, en un sentido fáctico, material y flexible, tal y como se desprende del propio texto del artículo 173.3 CP, no sujeto por tanto a excesivas o rígidas exigencias formales.
- Un interesante análisis jurisprudencial de este delito lo encontramos, verbigracia, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 2 de mayo de mayo de 2006 (Ponente: Martínez Abad):

«El delito de maltrato familiar del art. 173.2 es un 'aliud' y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal de 1995. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral

con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39 . En definitiva, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes».

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unida a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 173 es lo que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como

ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7-7-2000 razona, en su sexto fundamento jurídico, que la «*habitualidad*» que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del artículo 153 del Código Penal (actual art. 173.2 y 3) es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. Inicialmente se consideraba que tales exigencias se satisfacían a partir de la tercera acción violenta: criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Sin embargo, la más moderna línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.

Por violencia psíquica cabe entender, tal y como puede extraerse de la STS de 21 de diciembre de 2001, la creación de una situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que

no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, el acoso, la tensión y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquél que percibe más débil.

En este caso la sola lectura del relato histórico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante determinadas acciones individuales de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante unas concretas agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia física y psíquica permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como «*habitual*».

En atención a lo expuesto en el anterior fundamento jurídico de esta resolución y habida cuenta de los hechos declarados probados en la sentencia apelada en cuya valoración no es de apreciar error de ningún tipo, la conducta enjuiciada ha de subsumirse en el tipo penal del artículo 173.2 del CP , para cuya apreciación no es necesaria siquiera la existencia de previas denuncias y previos partes de lesiones, bastando que con el adecuado material probatorio existente se acredite esa permanente situación de menosprecio, vejación o amenaza, en definitiva, ese continuado estado de agresión física o psíquica, o de ambas, evidentemente atentatorio tanto al derecho a la dignidad personal como a lo que constituye el normal desarrollo de la vida familiar.

V. **Injuria o vejación injusta familiar leve**

La supresión en 2015 del libro III del CP, que incriminaba las faltas, enmascaró en diversas ocasiones el curioso expediente de elevar dichas faltas a delitos leves: eso ocurrió con la falta

de vejaciones injustas leves del antiguo artículo 620.1 CP que pasa a ser, ahora, delito leve de injuria o vejación injusta leve en el ámbito familiar, incriminado en el nuevo artículo 173.4, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de ese año):

Art. 173.4: «Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

El tipo en cuestión gira en torno al elemento distintivo de la levedad de la conducta, esto es: de la menor intensidad, entidad, circunstancias, afección de la víctima, duración y naturaleza de la conducta injuriosa o vejatoria. Por regla general, se tratará de paralizar, tipificando la presente conducta, la continuidad delictiva posterior de una violencia en espiral que suele principiar con conductas más leves que luego van adquiriendo mayor intensidad, crueldad y frecuencia (PÉREZ CEPEDA). Desde ese punto de vista, se configura el tipo como un delito obstáculo, en la medida en que reprime penalmente el primer eslabón de

una cadena que, si no existiera esta sanción normativa, seguiría inexorablemente intensificándose de manera exponencial.

Por lo demás, los sujetos activo y pasivo del delito son especiales, en tanto que han de estar unidos por una relación de familiaridad o análoga. De ese modo, la conducta ha de realizarse en el seno de relaciones de pareja (esto es: dirigirse contra quien sea o haya sido cónyuge o persona ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia); o sobre miembros del grupo familiar (descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente) o afines a ese grupo (por hallarse integrado en el núcleo de su convivencia familiar); o en casos de especial vulnerabilidad (por ser menores o discapacitados que requieran una especial protección siempre que convivan en el mismo hogar o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente).

La diversa penalidad prevista en este precepto (localización permanente, alejamiento del domicilio familiar, trabajos en beneficio de la comunidad, multa) compatibiliza, de un lado, el combate del autor como sujeto particularmente peligroso, asemejándose el tratamiento al que se confiere a quien no aporta el mínimo grado de confianza para ofrecer un comportamiento respetuoso de los derechos de las personas de su entorno sino que, antes bien, es tratado como foco de peligro normativo (según la calificación del Derecho penal del enemigo).

Las vejaciones injustas leves serán perseguibles de oficio. En cambio, las injurias en esta materia únicamente lo serán a instancia de parte, esto es: mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

VI. DELITO DE TORTURA

A) Tipología delictiva

Varias son las modalidades de tortura previstas por el legislador español:

- De un lado, el tipo básico y propio de tortura (art. 174), cuya descripción la divide el legislador en dos subtipos:
 - El primero, cuando se realice por funcionario público o autoridad para obtener una información o una confesión, lo que prácticamente circunscribe el tipo al contexto policial (art. 174.1), modalidad ésta que, en realidad, esconde dos submodalidades (cuando el atentado sea grave y cuando no lo sea); y,
 - Cuando tiene lugar en el ámbito penitenciario por parte de autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores respecto de detenidos, internos o presos (art. 174.2).
- De otro, un tipo atenuado de trato degradante funcional (art. 175).
- Además, incorpora el legislador una cláusula legal específica de comisión por omisión en esta materia (art. 176). Y,
- Finalmente, una cláusula de penalidad concursal (art. 177).

Veamos cada figura por separado.

B) Tipo básico de tortura policial y penitenciaria

El delito de tortura se incrimina en el artículo 174, que divide el tipo en dos modalidades básicas (policial y penitenciaria):

«1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior».

La segregación del tipo en dos modalidades es completamente superflua: también el funcionario de instituciones penitenciarias mencionado en el apartado 2.º se hallaría comprendido en el apartado 1.º, de manera que no se alcanza a comprender por qué el legislador, inútilmente, incluyó este segundo apartado, máxime cuando sanciona la conducta con la misma pena prevista para el primero de ellos. Pero el legislador ha querido distinguir el tipo propio de tortura policial (del apartado 1.º) del tipo asimilado de tortura penitenciaria (del apartado 2.º) quizá para dar una mayor autonomía al caso prototípico de tortura, que es el regulado en el apartado inicial.

La definición legal de tortura que contiene en el primer apartado del precepto es prácticamente un calco de la que ofrece el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 y en vigor en nuestro país desde el día 20 de noviembre de 1987 (conocida abreviadamente como *Convención contra la Tortura*). Según el artículo 1 de la mencionada Convención:

«[...] se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

Dicho precepto contiene, asimismo, una delimitación *ex negativo* de tortura, que siempre presupone infligir actos ilegítimos, quedando al margen de dicha definición «*los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas*».

El tipo propio de tortura gira en torno a varios elementos normativos fundamentales (que son comunes a los dos subtipos del art. 174 CP):

- De un lado, la conducta típica consistente en someter a alguien a condiciones o procedimientos que atenten contra su integridad moral: tal sometimiento ha de producir en la víctima, a modo de resultado, bien sufrimientos físicos o mentales, o bien la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, de modo que de algún modo limiten su capacidad y su libertad de declaración.
- De otro lado, se trata de un delito doblemente especial:
 - En el que el sujeto activo no es indiferenciado sino un sujeto revestido de una específica cualidad fundante, la de ser funcionario público o autoridad. El CP español contiene una definición doméstica, propia y específica de funcionario público y de autoridad a efectos penales (arts. 29 y 30), que no tienen por qué coincidir -y de hecho no coinciden- con el concepto administrativo de funcionario y de autoridad. Pero aquí, además, no se trata de cualquier funcionario o autoridad: sino

de uno que actúa en el ámbito de una declaración, lo que generalmente situará el precepto en el contexto policial; mientras que la modalidad del apartado 2.º quedará circunscrita al ámbito de la ejecución penitenciaria de adultos o de menores;

- Mientras que el sujeto pasivo será, precisamente, el sometido a esa declaración, y -en el segundo caso- el detenido, interno o preso.

- El tipo es subjetivamente configurado y exige un elemento subjetivo del injusto que convierte al delito en un tipo intencional mutilado de dos actos (POLAINO NAVARRETE), en tanto que la acción dolosa es realizada por el sujeto activo como medio ejecutivo para pretender alcanzar un fin subjetivo que se constituye una ulterior actuación del propio autor (POLAINO NAVARRETE). El delito se consuma realizando la conducta básica (aquí: el sometimiento del declarante a tales condiciones) siempre que sea realizada con la finalidad de esa obtención y sin necesidad de que realmente se llegue a obtener la confesión ni la información.

La introducción en el tipo de estas finalidades alternativas es producto de traspolar a nuestra legislación las definiciones contenidas en instrumentos internacionales, lo cual es censurable porque abre peligrosas brechas de impunidad (BLANCO LOZANO).

Así, verbigracia, cuando el sujeto activo ejecute el tipo objetivo con el fin de divertirse sádicamente a costa del

sufrimiento de la víctima, el hecho, lamentablemente, sería atípico por torturas, ya que no se concretará entonces el elemento subjetivo del tipo.

- Ha de existir, además, abuso del cargo, esto es: una extralimitación objetiva por parte del funcionario o autoridad de los cometidos propios de su función, de modo que incurre en actuaciones ilegítimas, desproporcionadas o espurias. Si el elemento subjetivo era problemático (con la lógica dificultad probatoria que entraña todo elemento de carácter subjetivo: el juez no puede meterse en la cabeza del autor para averiguar qué intención perseguía al realizar la conducta), no menos lo es el elemento objetivo del abuso del cargo, especialmente en las situaciones en las que el funcionario o autoridad policial persigue la finalidad de descubrir dónde se halla la víctima, o dónde se encuentra la bomba en los casos de colocación de explosivos con una cuenta regresiva (*ticking-time-bomb*), esto es: una loable finalidad de evitar víctimas y salvaguardar los derechos de los ciudadanos, para lo que presionan al declarante para obtener, no ya una confesión, sino al menos una información que les permita evitar una masacre.

Paradigmático es, a este respecto, un caso de la jurisprudencia alemana, muy controvertido: el caso Daschner (también conocido como caso von Metzler): el 27 de septiembre de 2002 el estudiante de Derecho Magnus Gäfgen secuestra, a la vuelta del colegio, al niño Jakob von Metzler, hijo de un conocido banquero y mecenas. Dos días después recibe un rescate de un millón de euros. La policía controla la entrega del dinero el 29

de septiembre. A la vista de que el sujeto se dispone a reservar un viaje al extranjero, la policía de Frankfurt detiene a Gäfgen el día 30. El 1 de octubre Gäfgen da pistas falsas a la policía, para pretender su confusión. A la vista de que las horas pasan, el vicepresidente de la Policía Daschner amenaza a Gäfgen con causarle males si no informa al respecto. Finalmente, Gäfgen confiesa que mató al niño la noche del secuestro porque «*lloraba mucho*».

Con independencia de la responsabilidad del asesino por la muerte, se planteó en ese caso los límites de la actuación del Estado en la conducta policial de inquirir la información que, en el caso concreto y en ese momento, se requería: averiguar el paradero del menor que se halla en peligro manifiesto y grave. Daschner y otro policía terminaron siendo condenados por tortura, como reclamaba la doctrina (por todos, ROXIN; información al respecto en CANO PAÑOS), esgrimiendo ante todo la prohibición de la tortura como derecho absoluto. Sin embargo, dicha resolución no es incontrovertible: primero, porque todos los derechos fundamentales (hasta el derecho a la vida) son, en situaciones extremas de estado de necesidad, relativos, de manera que puede actuarse frente a ellos si es para salvaguardar un bien de mayor o de igual entidad (como lo era, aquí, la vida del menor); y, segundo, porque no se pedía en este caso una confesión de culpabilidad del declarante («*he sido yo*», como después se produjo), sino la información necesaria para que el Estado cumpla la obligación de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas en peligro de muerte (en este caso, el menor).

- El tipo configura el delito como uno de resultado, que en cuanto tal admite la tentativa y también la comisión por omisión, si bien esta última será reconducible,

por expresa previsión legal, al tipo específicamente previsto en el artículo 176 CP.

- Tampoco acierta el legislador, nuevamente, con la previsión de dos subtipos en el apartado 1 del precepto: uno de carácter cualificado y otro privilegiado. El primero, consistente en que la tortura sea «grave», se ve castigado con pena de prisión de dos a seis años, además de con la inhabilitación absoluta prevista en el inciso final. El segundo, si la tortura «no lo es» (grave) se sanciona con pena de prisión de uno a tres años más dicha inhabilitación absoluta. Críticamente cabe preguntarse, a tenor del tipo que no prevé precisamente ataques livianos al bien jurídico, si cabe una tortura «no grave» y, en caso afirmativo, qué diferenciaría, entonces, la tortura «no grave» del mero trato degradante funcional previsto en el artículo siguiente, esto es, en el 175.

C) Tipo atenuado de atentado funcional contra la integridad moral

El artículo 175 incrimina un tipo atenuado de atentado contra la integridad moral cometido por funcionario público o autoridad:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si

no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

Esta figura constituye un tipo residual respecto del delito de torturas tipificado en el artículo 174 CP, en la medida en que se construye ex negativo del tipo precedente (*«fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior»*) aunque comparten algunos elementos esenciales: sujeto especial, bien jurídico, abuso de cargo, atentado contra la integridad moral.

- Desde el punto de vista del sujeto activo, se trata de un delito especial, que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público.
- La conducta típica, redactada nuevamente con defectuosidad técnica por su vaguedad e indeterminación, consiste en atentar contra la integridad moral de la víctima, gravemente o no. Con esta última disyuntiva típica, relativa a la intensidad del atentado a la integridad moral, el legislador parece establecer, aunque de un modo poco claro, una importante diferencia en estas tipologías, y ello según el sujeto activo sea particular o funcionario público:
 - Si el sujeto activo fuera un sujeto indiferenciado (común o particular), sería aplicable el delito de trato degradante del artículo 173.1.
 - Si, por el contrario, fuese autoridad o funcionario público que actuase abusando de su cargo, el

atentado a la integridad moral (no constitutivo de torturas, pues entonces sería de aplicación el artículo 174 CP) sería sancionado conforme a este tipo privilegiado del artículo 175 CP, ya aplicando la modalidad de atentado leve (castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, además de la inhabilitación especial para empleo o cargo público) o grave (sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años más la inhabilitación).

D) Tipo omisivo

El artículo 176 CP contiene un tipo omisivo de delito contra la integridad moral:

«Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

En puridad, el precepto contiene cláusula específica de comisión por omisión, una suerte de especificación en este ámbito de la cláusula general de equivalencia de la acción y la omisión del artículo 11 (comisión por omisión). Se trata, nuevamente, de una figura especial, de sujeto activo funcional. En cuanto a su estructura, parece ser de omisión pura o propia, dada la propia dinámica de lo que es permitir, faltando a los deberes del cargo funcional, consistente, por lo general, en que el funcionario o autoridad responsable desatienda su deber, derivado de las atribuciones de su cargo, de evitar (o si no le fuera posible, denunciar ante quien proceda) la tortura o el trato degradante.

Puesto que no se prevé expresamente la imprudencia, el comportamiento ha de ser doloso, bien a título directo, bien a título eventual.

Ejemplos:

- «A», director de un centro penitenciario, es conocedor de que determinados funcionarios torturan a algunos internos, mas no hace nada al respecto.
- «B», director de un colegio público, tiene conocimiento de que un alumno es víctima de trato degradante por parte de otros alumnos, pero no hace nada al respecto.

VI. Cláusula concursal

Finalmente, se establece que, si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley (art. 177 CP).

De este modo, se dispone expresamente el castigo independiente de las infracciones, esto es, la apreciación del concurso real de delitos, en los supuestos aludidos. No podía ser de otro modo atendiendo a la diversidad de hechos, resultados típicos y bienes jurídicos lesionados.

Acertadamente, doctrina y jurisprudencia convienen que otros supuestos no comprendidos en la citada cláusula,

verbigracia injurias, quedarían absorbidos por la propia conducta típica contra la integridad moral, por lo que no procedería su separada punición.

VII. Trata de seres humanos

A) Regulación legal

La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo, a continuación de los delitos contra la integridad moral, el nuevo Título VII bis, al cual lleva por rúbrica «*De la trata de seres humanos*» y se compone de un único precepto, el artículo 177 bis, que -en la redacción última ofrecida por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015), y que afectó a los apartados 1 y 4 del precepto- reza lo que sigue:

«1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares*

a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*
- e) La celebración de matrimonios forzados.*

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;*

- b) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.*

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá

elevarse a la inmediatamente superior en grado. Entodo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

II. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado».

B) Conveniencia político-criminal

Ya en el Preámbulo de la LO 5/2010, el legislador justificó en los siguientes términos la oportunidad de la inclusión de este nuevo Título legal y del citado precepto:

«El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos».

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado De la trata de seres humanos. Así, el artículo 177 bis, tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no

estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis.2.

Nuestra opinión, sin embargo, es la contraria: no era necesaria la creación de este nuevo Título, pues por razones de homogeneidad del bien jurídico protegido, el lugar oportuno para el tratamiento de la mayor parte de estas conductas hubiese sido el Título XV bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, con algún retoque al artículo 318 bis o la inclusión de un tipo concomitante a éste. Los restantes casos podrían haberse incluido, del mismo modo, en sede de los delitos de lesiones (tráfico de órganos), contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra los derechos de los trabajadores. En todo caso, el legislador, en el apartado 9 del artículo 177 bis, sostiene que: *«Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación».*

C) Tipos penales de trata: contenido de injusto

El artículo 177 bis regula varias modalidades de trata de seres humanos, aunque todas ellas giran en torno a unos mismos elementos comunes, a los que se añaden otros específicos. Esquemáticamente podemos señalar los siguientes tipos delictivos:

- a) Tipo básico (art. 177 bis.1)
- b) Tipo agravado en atención a las víctimas: por poner en peligro su vida o integridad física o psíquica o por tratarse de víctimas especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o por ser menor de edad. (art. 177 bis.4)
- c) Tipo agravado en atención al autor: funcionario público o autoridad (art. 177 bis.5)
- d) Tipos agravado por pertenencia a organización criminal (art. 177 bis.6)

En cuanto a los elementos comunes del tipo de injusto:

La conducta típica se describe aludiendo a una pluralidad de verbos delictivos: captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, incluyendo en la reforma de 2015 los actos de intercambiar y transferir el control sobre las personas objeto de trata (aunque en esa última reforma se eliminó la conducta típica: alojar). Todos estos verbos típicos responden, en puridad, a una lógica

muy diversa temporal y significativamente, y -sin embargo- el legislador los mete a todos ellos bajo el mismo paraguas del concepto de trata de seres humanos. Ello quiere decir que el legislador alarga o extiende superlativamente el concepto normativo de trata haciendo abarcar momentos temporales muy distintos entre sí.

Así, por ejemplo, el verbo captar responde a una lógica preconsumativa en la que, en puridad, la trata *aún no ha empezado*, mientras que los verbos típicos acoger o recibir responden a una lógica postconsumativa en la que, en puridad, la trata *ya se ha producido*. Desde un punto de vista técnico, sólo los verbos transportar o trasladar se corresponderían con el concepto de trata *stricto sensu*. Sin embargo, para el legislador todo es trata, desde los momentos previos hasta los momentos posteriores, incluyendo las conductas añadidas en la reforma de 2015 de intercambiar o transferir el control sobre las personas con las que se trafica. Y, además, cualquiera de esas conductas aisladamente considerada daría lugar, por sí sola, al tipo consumado de trata, sin necesidad de que se lleve a cabo la cadena completa.

Ello supone, en realidad, una desnaturalización del concepto de trata, pues se tiene un tanto artificialmente por consumado el delito aun cuando se realicen actos que, técnicamente, sólo serían actos preparatorios (como captar), configurándose un tipo de consumación anticipada (delito de empresa, de emprendimiento o de emprender) y, además, porque se imputaría como autores consumados de trata a los que, en realidad, realizan adhesiones postejecutivas (como acoger o recibir a los sujetos con los que ya se ha traficado). Llama la atención, además, que se sancionen los actos preparatorios de la trata: provocación, conspiración y proposición para cometer el

delito de trata de seres humanos, que son castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente (art. 177 bis. 8). Pero ¿Cuál es el acto preparatorio del acto de captar a eventuales víctimas? La anticipación de la punibilidad se aleja ya escandalosamente de la lesión del bien jurídico, vaciando en la práctica la figura de contenido de injusto y comprometiendo la legalidad de la incriminación legal, lo cual no puede salvarse ni siquiera aludiendo al carácter fundamental del bien jurídico como ha pretendido, sin acierto en mi opinión, la doctrina (así, por ejemplo, PÉREZ CEPEDA).

- Se trata de un delito común, de sujetos indiferenciados (salvo en los tipos agravados de los apartados 5 y 6: funcionario y organización delictiva). Es indiferente que los autores sean nacionales o extranjeros.
- La propia dinámica delictiva impone un contexto cibernético de movimiento o de tránsito, propio de la naturaleza transnacional de la figura. Por ello, se incurre en el delito tanto si se realiza la conducta en territorio español como desde España, en tránsito o con destino a ella.
- Propios de la conducta de trata es el empleo de un medio viciante de violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o bien con artificios fraudulentos para lograr el consentimiento quien posea el control sobre la víctima. El legislador penal, en la reforma de 2015, introdujo en el tipo la cláusula según la cual: *«Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa,*

real o aceptable, que someterse al abuso». (art. 177 bis.1, *in fine*).

- Las conductas típicas han de estar encaminadas, en caso de trata de adultos, a la consecución de alguna finalidad que el legislador configura como elemento subjetivo del injusto: fines de imposición laboral, trabajos forzados, esclavitud, servidumbre, mendicidad, explotación sexual, pornografía, extracción de órganos corporales, a los que en 2015 se añadieron otras finalidades como la explotación para realizar actividades delictivas o la celebración de matrimonios forzados. Estos fines deben estar presentes en el ánimo del autor al momento de realizar la conducta típica, pero, en tanto elementos subjetivos del injusto, no forman parte del resultado típico, no siendo por ello necesario que se alcancen tales fines para que el tipo se vea consumado. En caso de tráfico de menores con fines de explotación ni siquiera se requiere que se verifique alguna de esas finalidades adicionales en la conducta del autor, de manera que la conducta es delictiva *per se* (art. 177 bis. 2).
- Irrelevancia del consentimiento de la víctima: mediando, como media en la conducta típica, un medio intimidatorio, violento o defraudatorio, es lógico que el consentimiento de la víctima, caso de que se hubiera recabado, sería inválido o irrelevante, dejando pues intacto el delito de trato y la responsabilidad de los traficantes.
- Los tipos agravados deben su agravación a diversos motivos:

- En primer lugar, a motivos que tienen que ver con la propia víctima: bien porque se hubiera puesto en riesgo su vida o su integridad física o psíquica, o porque sea alguien especialmente ya sea por razón de su enfermedad, por hallarse embarazada, por ser discapacitado, menor de edad u otra situación personal (art. 177 bis. 4, que prevé la pena superior e grado a la del tipo básico y si concurre más de una de esas circunstancias agravantes, la superior en grado en su mitad superior).
- En segundo lugar, se agrava también por la cualidad funcional, de autoridad o de agente de la autoridad en el sujeto activo, esto es: por tratarse de sujetos que tienen una especial obligación de velar por la incolumidad de los derechos fundamentales. (art. 177 bis. 5, que prevé además pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años).
- En tercer lugar, por la pertenencia del autor a una organización o asociación, permanente o transitoria, constituida por al menos tres personas, que se dedique a estas actividades, distinguiéndose con pena mayor al autor que tenga el estatus de jefe, administrador o encargado de dicha organización o asociación (art. 177 bis. 6). Además, al apartado 7 del artículo 177 bis contiene la previsión de si el autor es una persona jurídica, como lo es, sin duda, una organización o una asociación, entes dotados de una personalidad jurídica propia que, por su dedicación, resulta socialmente devastadora.

- Equiparación de las condenas extranjeras a las nacionales, a efecto de reincidencia, como resulta acorde a la naturaleza supraestatal del delito y tal y como sucede en otras figuras delictivas, como la falsificación de moneda (art. 177 bis. 10).

- Excusa absolutoria, según la cual: *«La víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado»*. (art.177 bis.11).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO LOZANO, Carlos. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos». *Lecciones de Derecho penal: parte especial*. Miguel Polaino Navarrete. (Coord.) Vol. 1, 2010.
ISBN 978-84-309-5187-1

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. «Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán». *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, N.º 5. 2019.
ISSN-e 2531-1565

HERRERA MORENO, Myriam (Dir.). (2018). «La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura». Barcelona: Bosch. Manuel Rodríguez Monserrat. *Revista de Victimología*. N.º 9. 2019. (Ejemplar dedicado a: Revista de Victimología / Journal of Victimology).
ISSN-e 2385-779X

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos». *Revista penal*. N.º 44, 2019.
ISSN 1138-9168.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Lección 8.ª Detención ilegal y secuestro”. En *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial* / Miguel Polaino Navarrete (dir.). Juan Antonio, Martos Núñez; Myriam Herrera, Moreno; Antonia, Monge Fernández; Carmen, Requejo Conde; Miguel, Polaino-Orts; y, Edgar Iván, Colina Ramírez (autores). 2019.
ISBN 9788430972043

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La concepción de la víctima de violencia de género por una política sin base empírica. Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI.* Luis Roca de Agapito (dir.). 2019.
ISBN 9788413133287.

EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA COMO FORMA DE IMPUTACIÓN
A TÍTULO DE COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

**EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA COMO FORMA DE IMPUTACIÓN
A TÍTULO DE COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN¹**

DELIO DANTE LÓPEZ MEDRANO²

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LILIANA PÉREZ DE LA ROSA³

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

RESUMEN:

Los criterios relativos a la imputación a título de autoría y participación devinieron insuficientes ante los crímenes que se verificaron en el siglo XX, particularmente aquellos realizados por grupos vinculados al Estado. Ello puso en cuestión los principios empleados, que fundamentalmente se referían al

¹ Artículo presentado por los autores el 5 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 26 de junio de 2020.

² Profesor de posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Programa Internacional de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
orcid.org/0000-0003-1980-946X

³ Profesora de posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Programa Internacional de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
orcid.org/0000-0001-6016-2595

pequeño delincuente, que poco a poco fue palideciendo ante esta delincuencia. Con el genocidio de la Ex Yugoslavia el Tribunal *ad hoc* estableció nuevos fundamentos para atribuir responsabilidad a los integrantes del grupo por hechos cometidos por alguno de sus miembros, lo que constituye el objeto de estudio: la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta. Para apreciar las soluciones que incorpora esta doctrina en el Derecho penal se abordan los problemas de imputación que generan los criterios tradicionales de imputación con relación a los grupos delictivos.

PALABRAS CLAVE:

Coautor, Partícipe, Empresa Criminal Conjunta, Dominio del Hecho, Tribunales Internacionales, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

ABSTRACT:

The criminal liability based under modalities related to authorship and participation becomes obsolete by the crimes committed during the twentieth century, particularly those carried out by groups linked to the State. These concepts would undermine mainly those referred to the small offender, by the which gradually grew pale in the face of the mass genocide in the former Yugoslavia, the *ad hoc* Court established new legal bases to attribute responsibility to the members of the group for acts committed by one of its members, which constitutes the object of study: the doctrine of the Joint Criminal Enterprise. To appreciate the solution provided by this criminal doctrine, we will discuss the problem of imputation that generates the traditional criteria of imputation concerning criminal groups.

KEYWORDS:

Co-author, Joint Criminal Enterprise, Dominion of the fact, International Courts, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal moderno se ocupó desde principios del siglo pasado del problema de la atribución del resultado, esto es determinar a quién le pertenece el hecho. Del estudio de la determinación del ¿a quién? se ha ocupado la dogmática penal prácticamente desde sus inicios. Desde luego, con miras a dar una respuesta «moderna», puesto que el tema relativo al castigo de quien realiza el hecho ha acompañado al Derecho penal desde sus albores. Lo que cambia son los criterios que, conforme la sociedad se va transformando, se han venido empleando para resolver el tema de la atribución de un hecho. Y cambian los criterios de atribución porque los fenómenos delictivos se han transformado, así como la forma de intervención de los perpetradores.

La figura del delincuente a la que se enfrentaba el sistema penal, aún a la monstruosidad a la que se refería MICHEL FOUCAULT, ha palidecido ante la figura del delincuente que observamos en el siglo XX y en las dos primeras décadas del siglo XXI, de lo que México constituye un extraordinario laboratorio, particularmente por la forma de operar de los cárteles de la droga y sus derivaciones delictivas. Es por ello por lo que el esquema decimonónico hegeliano, fundante del Derecho penal moderno, deja de ser aplicable para atribuir los hechos a esta forma de delincuencia. Es de recordar que para HEGEL «*un delito es esta acción individual*», y lo que paulatinamente viene observando el sistema de Derecho penal es precisamente que en los delitos actuales lo que menos observamos es la acción individual, paulatinamente han pasado a ser hechos cometidos por varias personas. Históricamente hablando, el concepto hegeliano de la acción fue superado poco a poco, bien por no proporcionar elementos para la didáctica del delito, bien porque

dejó de tener vigencia la concepción del delito como expresión de sentido.

En HEGEL se trata tan claramente de un sentido de la acción, del proyecto de conformación del mundo exterior manifestado en la acción, que la solución sólo se adapta para el sentido verdaderamente pretendido, o sea, para los hechos dolosos: «El derecho de la voluntad es, sin embargo, reconocer en su hecho como acción suya [...] sólo lo que estaba en su propósito (VORSATZ)».⁴

Los problemas de imputación con los criterios tradicionales del Derecho penal

En el siglo XX se verificaron crímenes que por mucho superaron al acto del pequeño delincuente, que al ser enfrentados a los elementos teóricos con los que contaba el Derecho penal, de ese tiempo, no tenían una respuesta adecuada, a más que dichos acontecimientos tenían como protagonista principal a los órganos del Estado bien al aparato del Estado al servicio de ciertas ideologías para la consecución de hechos que solamente más tarde fueron interpretados como algo más que delitos: como graves violaciones a Derechos Humanos. Acontecimientos que, al escapar al andamiaje teórico penal, que, unido a situaciones políticas particulares, permitieron en la gran mayoría de ellos total o casi total impunidad. No es este el espacio para revisar las razones políticas, estructurales, culturales, o de cualquier otra

⁴ JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., trad. Joaquín Cuello Contreras *et al.*, Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 158.

índole que en la mayoría de los casos permitieron primero la verificación de estas masacres y posteriormente su impunidad.

JAIME MALAMUD GOTI, al realizar la revisión del texto *Radical Evil on Trail* (1996), de CARLOS SANTIAGO NINO (1943-1993), recuerda que respecto de este tipo de casos en el siglo XX la regla fue la impunidad, así lo señala para la Primera Guerra Mundial (1914); que fueron pocos los nazis sancionados (*Segunda Guerra Mundial*);⁵ a lo que habría que agregar el genocidio de los Herero y Namaqua (hoy Namibia, 1904-1907); el genocidio armenio (1915-1923); el genocidio gitano (por la Alemania nazi); las bombas de Hiroshima y Nagasaki (1945); los *gulag* en la Unión Soviética (1930-1960); la masacre de Rincón Bomba o genocidio pilagá (Argentina, 1947); la masacre de Tlatelolco en México (1968); la masacre de civiles por tropas norteamericanas en Vietnam (década de los 60); el genocidio Camboyano (1975-1979); el genocidio guatemalteco (década de 1980); la masacre del Mozote (el Salvador, 1981); el ataque contra la localidad kurdo-iraquí en Halabja (1988); la masacre de Tiananmén (1989); el genocidio en Bosnia (1992-1995); el Genocidio de Ruanda (1994); la matanza de Accomarca, Ayacucho, Perú (1985), y muchas otras más en todo el mundo.

En tanto esto pasaba a nivel global, el Derecho penal, influenciado por una parte por los hegelianos cuyo esquema predilecto, trabajaba con el modelo de un sujeto realizando una acción, misma que se verificaba en un resultado, de donde la

⁵ MALAMUD GOTI, Jaime. «Radical Evil on Trail de Carlos Santiago Nino», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N.º 1 (2000), pp. 209-211. <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica11.pdf>

calidad de autor dependía de la voluntad del sujeto para realizar la acción y no su intervención material. Lo que tenía como consecuencia que el responsable de la muerte, en estos delitos, lo era quien realizaba el acto en tanto que quienes decidían sobre la realización del hecho no respondían a título de autores sino a lo más como cómplices, por lo que éstos y no aquéllos podían acceder a ciertos beneficios legales, en otras palabras, este esquema permitía que las sanciones se aplicaran con mayor rigor a los estratos más bajos del aparato de poder, a los operarios, mientras los superiores podían ser beneficiados con penas menores o algún otro beneficio legal, a los que es tan afecto el Derecho penal del amigo. Lo mismo ocurre en la actualidad con la delincuencia organizada, tratándose de delitos domésticos.

Esta impunidad, a imagen y semejanza de la impunidad relativa al delincuente tradicional, en la que se castigaba principalmente a los sectores sociales menos favorecidos, ha impulsado nuevos criterios, y no solamente ello, sino que también nuevas estructuras persecutorias (fiscalías, sistema adversarial, sistema de juicios orales, entre otros) y nuevos delitos (delitos económicos, en contra de la ecología, de género, informáticos, etcétera). No obstante, estas nuevas manifestaciones del Derecho penal deben seguir respetando los principios del Derecho penal moderno, o si se prefiere ilustrado, y que hoy se conoce como garantías del Estado de Derecho y principios del Derecho penal, recogidos por las Constituciones Políticas de los Estados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dentro de los criterios con los que tradicionalmente ha trabajado el Derecho penal y que han tenido cambios importantes, y siguen evolucionando, se tienen aquellos que permiten atribuir el hecho en los casos en que intervienen grupos, esto es: «*El*

*problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito»;*⁶ bien el planteamiento inverso, esto es cómo juzgar crímenes en que la victimización es masiva y en los que cooperan varios sujetos,⁷ «*aquí se trata de resolver es en qué casos y a quienes se puede imputar, independientemente del delito de asociación ilícita que hayan cometido, los hechos delictivos concretos (asesinatos, secuestros, robos, tráfico de drogas, estafas financieras, corrupción) que realizan algunos miembros de la asociación criminal o de cualquier otro grupo revista o no los caracteres de una asociación ilegal*».⁸ Este tema se conoce en la dogmática penal como imputación a título de autoría o participación, problema en el que han destacado dos posturas: la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta y la teoría del Dominio del hecho. Esta última propuesta y desarrollada por CLAUS ROXIN,⁹ en tanto que la primera por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

⁶ MUÑOZ CONDE, F. «¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la Delincuencia organizada y empresarial?» en CEREZO MIR, José. (coord.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001. p. 1.

⁷ POCAR, F. «Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia». En REY, Sebastián A. (coord.). *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Infojus, 2014. pp. 1-7.
<<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1619>>.

⁸ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, p. 2.

⁹ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. t. II. *Especiales formas de aparición del delito* (trad.) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *et al.*). Buenos Aires: Civitas, 2015.

De la responsabilidad del individuo por hechos propios a la responsabilidad individual por hechos cometidos por otro

La problemática que presentaba determinar la responsabilidad individual en casos realizados por grupos se planteó principalmente en aquellos supuestos en que intervenían grupos de poder, generalmente asociados al Estado o bien formando parte de sus estructuras, en el ámbito internacional particularmente, en este contexto la Teoría del dominio del hecho (1963) está asociada al caso de Adolf Eichmann,¹⁰ en tanto que la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta se encuentra relacionada con la sentencia de 15 de julio de 1999 de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Duško Tadić.¹¹

El problema de la intervención de varios sujetos en la realización del hecho lo aborda ROXIN a partir de clarificar la responsabilidad del autor detrás del autor, puesto que la explicación vigente en ese momento solamente concebía el que el autor mediato (el autor detrás del autor) se valiera de otro pero como mero instrumento, esto es que éste último no era consciente de su intervención en un hecho delictivo, y no se aceptaba que una persona interviniera en el hecho del otro de forma voluntaria, ya que esto atribuía responsabilidad a quien actuaba –de manera

¹⁰ ROXIN, C. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En *Revista Penal*. N^o. 2 (1998), p. 61.
<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/62141>

¹¹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia The Prosecutor v. Duško Tadic de 15 de julio de 1999, La Haya.
<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

voluntaria, no así como instrumento- y excluía de responsabilidad como autor a quien estuviera detrás.

*«Mi solución al problema de la intervención de varias personas en el delito, aceptada hace cuatro años por la jurisprudencia alemana, reza así: cuando, en base a órdenes del Estado, soldados u otros funcionarios públicos cometen delitos, como por ejemplo disparar o intentar matar con explosivos a opositores del régimen o a quienes pretenden escapar a otros países, entonces, los ejecutores directos deben ser castigados como autores de un delito de homicidio. Esto vale, pues, incluso cuando creyeron en la conformidad con el Derecho de la orden de matar. La jurisprudencia considerará en tales casos que el error de prohibición era evitable -aunque ciertamente esto depende de cada supuesto particular-, por lo que, ante este error, aún existirá un delito de comisión doloso. Y, no sólo eso: serán también autores, y precisamente autores mediatos, los que dieron la orden de matar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores».*¹²

Los fundamentos de la tendencia que se siguió a partir de los años noventa del siglo XX los planteó, en 1963, CLAUDIUS ROXIN en la obra intitulada *Autoría y dominio del hecho*. «Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder organizados por los delitos cometidos

¹² ROXIN, C. *Problemas de autoría...*, p. 61.

*por miembros de estos».*¹³ Lo que aborda a través de la autoría mediata, misma que entiende comprensiva de toda clase de criminalidad organizada, pero cuyos elementos se muestran con mayor claridad cuando la actividad delictiva se realiza a través de la organización del Estado.¹⁴

«Ya en 1963, en mi primer trabajo sobre el tema destacué cómo cabía invocar la autoría mediata en el ámbito de los aparatos de poder organizados tanto respecto de los crímenes de Estado, como de: *los que se cometen en el ámbito de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes*. De forma muy similar el Tribunal Supremo alemán dice ahora: *Una autoría mediata así entendida es aplicable no sólo en caso de abuso del poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente, en los que la conexión espacial, temporal y jerárquica entre la cumbre de la organización responsable de la orden y el ejecutor inmediato habla contra la coautoría con reparto de papeles».*¹⁵

Dicho trabajo, al que hace referencia ROXIN, había sido rechazado para su publicación en 1962 (lo que le ocurrió por primera y última ocasión), dado que el tema era considerado como

¹³ MUÑOZ CONDE, F. «La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado». En *Revista Penal*. N.º 31 (2013). p. 101.
<<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/320187>>

¹⁴ ROXIN, C. *Problemas de autoría...*, p. 61.

¹⁵ *Ibid.*, p. 65.

un asunto político,¹⁶ pero también en virtud de que en el ambiente académico de la época dominaba la teoría objetivo formal,¹⁷ que sólo admitía como autoría la inmediata, la realización del tipo de propia mano, así como la teoría subjetiva de la participación, misma que permitía dejar prácticamente impunes a quienes intervenían en este tipo de delitos, pues a través de ella se podía concluir que los ejecutores, al no realizar los hechos en el propio interés eran juzgados y condenados como cómplices y en consecuencia imponérseles penas de escasa duración que podían ser suspendidas, lo mismo ocurría con quienes estaban detrás de ellos, pues al no realizar actos ejecutivos a lo más eran considerados instigadores. Lo que no ocurría con la propuesta de ROXIN, en la que los ejecutores eran autores directos en tanto que los burócratas intermedios y altos cargos debían ser considerados autores mediatos, lo que no era aceptable en la época. Y no era aceptable porque el estado de la teoría penal vigente en la época, por una parte, permitía que a los ejecutores se les aplicara una pena mínima, incluso simbólica, o bien se les pudiera suspender la aplicación de la pena, y por otra parte permitía la impunidad de los superiores.¹⁸

En la elaboración de su teoría fue importante el contexto judicial, pues: *«en el momento en el que Roxin escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años sesenta del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el ‘caso de Adolf Eichmann’,*

¹⁶ ROXIN, C. «Dominio de la organización y resolución al hecho». En ROXIN, C. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007. p. 513.

¹⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal...*, p. 76.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F. *La autoría mediata...*, pp. 95 y 96.

un antiguo miembro de las SS»,¹⁹ a través del cual plantea que la criminalidad del Estado, cuando actúa delictivamente –y la historia nos muestra que ocurre en no pocas ocasiones–, se convierte en prototipo de criminalidad organizada, por lo que sus integrantes bien pueden ser juzgados y condenados. «Para Roxin, la única razón que puede fundamentar esta conclusión es que Eichmann era autor mediato de estos delitos, en la medida en que por su posición en el aparato de poder controlaba y, por tanto, dominaba los hechos que ejecutaban otros».²⁰ De ahí la importancia de la teoría de ROXIN, quien señala a propósito del caso Eichmann:

«Éste era un funcionario nazi encargado y responsable de numerosos asesinatos de judíos, pero con sus propias manos no había matado a nadie. Se trataba del típico burócrata y por aquel entonces fue juzgado y condenado en Jerusalén como autor de asesinato. Según mi teoría, basada en el «dominio» como criterio de decisión para la delimitación de autoría y participación, Eichmann debía ser considerado autor mediato, no obstante, los que habían cometido el asesinato con sus propias manos, eran igualmente responsables como autores. La razón es que, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el «resultado». Si, por

¹⁹ *Ibid.*, p. 96.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. *¿Cómo imputar...*, p. 20.

*ejemplo, alguno se niega a ejecutar el asesinato, esto no implica -al contrario de lo que ocurre con la inducción- el fracaso del delito. Inmediatamente, otro ocuparía su lugar, y realizaría el hecho, sin que de ello llegue a tener conocimiento el hombre de atrás, que de todas formas ignora quién es el ejecutor individual. El hombre de atrás, pues, controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. Aquél tiene en sentido literal de la palabra el «dominio» y por lo tanto es autor mediato».*²¹

Estas ideas permearon hasta 1994, después de la caída del Muro de Berlín (9 de noviembre de 1989) y la reunificación alemana (3 de octubre de 1990) que concluye con la adhesión de la República Democrática Alemana por la República Federal de Alemania (1989-1990), en que se enjuicia tanto a dirigentes de la antigua República Democrática Alemana como a centinelas del muro de Berlín, por la muerte de las personas que intentaban cruzar el muro. Treinta años después de los planteamientos iniciales, el Tribunal Supremo alemán recurrió a la teoría de ROXIN para resolver que: *«además de la autoría directa de los guardias fronterizos que realizaron los disparos, había una autoría mediata de los dirigentes que impartieron las órdenes de disparar a quienes intentaban huir a la otra Alemania».*²²

El libro de *Autoría y dominio del hecho*, publicado en 1963, impactó tanto la literatura jurídica alemana que no se

²¹ ROXIN, C. *Problemas de autoría...*, p. 61.

²² MUÑOZ CONDE, F. *La autoría mediata...*, pp. 96 y 97.

llegó a escribir un solo texto acerca del tema durante 20 años, y en los siguientes veinte años (ochentas y noventas) solamente se escribieron en aquel país, fuente de las ideas penales contemporáneas, nueve libros que abordaron los problemas fundamentales de la autoría y participación, que sin embargo, en su gran mayoría siguieron las líneas marcadas por la teoría del dominio del hecho.²³ Con esta obra ROXIN marcó cierto consenso respecto de tres aspectos esenciales:

- 1) La superación del concepto unitario de autor a través del reconocimiento de diferentes formas de intervención en el delito;
- 2) El concepto restrictivo de autor como criterio de delimitación; y,
- 3) El dominio del hecho como criterio decisivo de la autoría.²⁴

Para ROXIN el criterio de delimitación entre la autoría y la participación lo constituye el dominio, de esta forma es posible considerar autor no solamente a quien realiza el hecho con sus propias manos sino también al autor detrás del autor, quien controla el resultado típico.

²³ ROXIN, C. «Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión». En ROXIN, C. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007. pp. 470 a 471.

²⁴ SCHÜNEMANN, B. «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría». En *Derecho Penal y Criminología*. vol. 25. N.º 75 (2004). p. 14. <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037/981>>

La razón es que, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el «*resultado*». Si, por ejemplo, alguno se niega a ejecutar el asesinato, esto no implica -al contrario de lo que ocurre con la inducción- el fracaso del delito. Inmediatamente, otro ocuparía su lugar, y realizaría el hecho, sin que de ello llegue a tener conocimiento el hombre de atrás, que de todas formas ignora quién es el ejecutor individual. El hombre de atrás, pues, controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. Aquél tiene en sentido literal de la palabra el «*dominio*» y por lo tanto es autor mediato.²⁵

Si bien la teoría del dominio del hecho es una teoría dominante y fue recogida por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, es de señalar que: «*es insuficiente para dar cuenta de los crímenes de sistema o de la criminalidad organizada*».²⁶

El caso Duško Tadić

La teoría de la Empresa Criminal Conjunta (ECC) se formuló por primera vez en el caso Tadić, particularmente en la sentencia de 15 de julio de 1999 de la Sala de Apelaciones del

²⁵ ROXIN, C. *Problemas de autoría...*, pp. 61 y 62.

²⁶ BENAVIDES VENEGAS, F. S. «Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional». En *Revista Academia y Derecho*. N.º 13 (2016). p. 239.

<<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/309>>

Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia.²⁷ Las herramientas teóricas con que contaba el Derecho penal para resolver acerca de la autoría en este tipo de casos se había soslayado, hasta antes de este caso, ante las dificultades legales que se tuvieron que sortear para llevar a cabo los juicios de Nüremberg y de Tokio, y se volvieron a pasar por alto en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, que en su artículo 7 solamente estableció la responsabilidad individual de quienes intervinieron en el mismo desde su concepción hasta quienes ayudan.

Artículo 7

Responsabilidad penal individual

- 1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.*
- 2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.*
- 3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó*

²⁷ AMBOS, KAI, «Joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior». En *Revista de Derecho penal y criminología*. N.º 19 (2007). p. 40.
<<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/189516>>

las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

*4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.*²⁸

En virtud de lo cual: «*A falta de indicaciones estatutarias, el Tribunal tuvo que referirse a la costumbre internacional como resulta de la práctica de los Estados. Para llevar a cabo su análisis, el Tribunal examinó las leyes y la jurisprudencia de varios Estados, y elaboró la teoría de la llamada empresa criminal común (Joint Criminal Enterprise es el nombre original en inglés)*».²⁹

La teoría de la Empresa Criminal Común vino a resolver los problemas a los que se enfrentaron los Tribunales de Nüremberg y de Tokio con serias dificultades:

1) imputar a los individuos eventos criminales que en principio no presentan una conexión directa con sus actos, particularmente a aquellos miembros del grupo que tienen una mayor jerarquía y que por lo mismo no cometían los crímenes de forma directa; y,

²⁸ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>

²⁹ POCAR, F. *op. cit.*

2) los problemas de la prueba,³⁰ pues esta se presentaba generalmente, en estos casos, como indirecta y meramente circunstancial.³¹

*«La Sala trató de idear una teoría de la participación en crímenes internacionales a partir de la jurisprudencia anterior y del propio Estatuto aplicable, que tomase en cuenta suficientemente el contexto colectivo, generalizado y sistemático en que se cometían tales crímenes, y con ello, superar las dificultades probatorias de las -raramente visibles- contribuciones al hecho delictivo de los intervinientes en el crimen».*³²

Para elaborar la Teoría de la Empresa Criminal Conjunta el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, en primer lugar, tuvo que afrontar el principio de la culpabilidad personal, que se encuentra reconocido como un principio general del Derecho penal, y constituye la base de la responsabilidad del Derecho penal moderno: *nulla poena sine culpa*. Bajo este principio se considera que: *nadie puede ser penalmente responsable de actos o transacciones en las que no está personalmente involucrado o participó de alguna otra manera.*³³ En su sentido más amplio establece que no se debe hacer responder por hecho ajenos, por lo que la sanción se debe imponer solamente a quien motivó el hecho, a quien le resulta personalmente reprochable.

³⁰ AMBOS, KAI. *Joint Criminal Enterprise*. p. 40.

³¹ POCAR, F. *op. cit.*

³² AMBOS, KAI. *Joint criminal enterprise...*, p. 40.

³³ § 186 de la TPIY, *The Prosecutor vs. Duško Tadic*, 15 de julio de 1999.

El principio de culpabilidad es un fundamento del Derecho penal moderno que históricamente surge para superar a los regímenes antiguos en que se responsabilizaba a la familia o colectivo por hechos realizados por uno de sus miembros, para este principio se castigan las acciones y omisiones que son personalmente reprochables. Bajo este fundamento, no es suficiente que el sujeto cause el hecho, sino que es necesario además que le haya sido querido, principio de dolo, o al menos se deba a su imprudencia, principio de culpa, por lo que se deja de castigar el caso fortuito, por su imprevisibilidad. Con ello se establece como principio que se opone a la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, que hace responder por la mera causación, por lo que implica la prohibición del *versari in re illicita*, quien quiere la causa quiere el resultado, esto es, que: «*a quien ha obrado en forma reprochable le son imputables todas las consecuencias que de su censurable actitud se deriven*»,³⁴ aun tratándose de las consecuencias fortuitas del acto ilícito. Esta teoría pertenece al mundo del Derecho canónico medieval, conforme al cual la persona respondía, «*aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida*».³⁵ Se formulaba en los siguientes términos: *Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. Es de observar que las soluciones a este respecto, que han planteado los Tribunales internacionales se aproximan mucho a la responsabilidad por la pertenencia al grupo,³⁶ lo que se ha

³⁴ REYES ALVARADO, Y. *Imputación objetiva*. 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2005. p. 4.

³⁵ ROXIN, C. «Fundamentos. La estructura de la teoría del delito Derecho Penal». *Parte General*. t. I. (trad.) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *et al.*). Madrid: Civitas, 2015. p. 335.

³⁶ BENAVIDES VENEGAS, F. S. *op. cit.*, pp. 239-240.

venido reproduciendo en el caso de la delincuencia doméstica cuando actúan en grupo o delincuencia organizada.

Para el principio de culpabilidad es necesario que el hecho sea producto de motivaciones racionales de quien lo produce. Parte de concebir al sujeto como responsable, autodeterminable, por lo que: «*impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida*»;³⁷ con ello se garantiza la dignidad del ciudadano en tanto no se le sancionará *cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho*.³⁸ En este sentido se comprende la afirmación de HEGEL: con la pena «*se honra al delincuente como racional*». ³⁹ Es por ello que se considera una exigencia de respeto a la persona, en tanto implica que no puede exigirse a nadie, en cuanto sujeto autodeterminable, «*se comporte de conformidad con el derecho cuando no dispuso de cierto ámbito de decisión o autodeterminación o cuando no podía saber que lo realizado era ilícito*». ⁴⁰ En otros términos, se reprocha al sujeto que no se comporte conforme a Derecho, habiendo podido hacerlo, y en consecuencia optar por realizar un acto ilícito.

En la Resolución 808, de 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas

³⁷ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General* (10.^a ed.), Barcelona, 2015, p. 126.

³⁸ ZAFFARONI, E. R., A. ALAGIA Y A. SLOKAR. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2017. p. 120.

³⁹ HEGEL, F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. (trad.) Carlos Díaz, Madrid: Prodhufi, 1993. p. 350.

⁴⁰ ZAFFARONI, E. R., A. ALAGIA Y A. SLOKAR. *op. cit.*, p. 121.

decide: «*que se establezca un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991*»,⁴¹ y pide, en su párrafo 2, al Secretario General que presente un informe y propuestas concretas. En cumplimiento a dicha petición, el 20 de mayo de 1993, se publica nuevamente por razones técnicas, el Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento al que se anexa el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991.⁴² En el informe, el Secretario General establece, en el párrafo 54, el criterio de que: «*Todas las personas que ayuden a planear, preparar o cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia contribuyen a que se cometa la violación y, en consecuencia, son individualmente responsables*». De ello se extrae la consecuencia de que para el Tribunal existe responsabilidad individual «*por actos cometidos por un grupo de individuos con una finalidad criminal común*».⁴³ No obstante, el Estatuto no fue claro al respecto, pues en su artículo 7, Responsabilidad penal individual, párrafo 1, estableció que: «*La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la*

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad, Resolución 808 (1993).
<[https://undocs.org/es/S/RES/808%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/808%20(1993))>

⁴² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad, Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el § 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad.
<<https://undocs.org/es/S/25704>>

⁴³ POCAR, F. *op. cit.*

*comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen».*⁴⁴

Dada la generalidad con que se redactó el Estatuto, pero al tratarse de una premisa que le imponía el Secretario General, la Corte tuvo que analizar «*si la responsabilidad penal por participar en un propósito penal común cae dentro del ámbito del Artículo 7 (1) del Estatuto*».⁴⁵ Lo que realizó en los párrafos 185 a 219 de la sentencia del Caso Tadić. Para establecer la responsabilidad individual por actos cometidos por un grupo, por un colectivo, partió de los antecedentes internacionales que había hasta ese momento.⁴⁶ De esta forma acudió al Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional (Carta de Londres) del 8 de abril de 1945;⁴⁷ la Ley del Consejo de Control No. 10, Castigo de personas culpables de crímenes de guerra, Delitos contra la paz y contra la humanidad (*Control Council Law N.º. 10*),⁴⁸ promulgada por los comandantes militares de Francia, el Reino Unido, Estados Unidos y la URSS

⁴⁴ ONU, Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>>

⁴⁵ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia..., *op. cit.*

⁴⁶ POCAR, F. *op. cit.*

⁴⁷ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945). <http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf>

⁴⁸ Base de Datos de Herramientas Legales de la CORTE PENAL INTERNACIONAL, Control Council Law N.º 10. *Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity.* <<https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>>

el 20 de diciembre de 1945, así como a sentencias pronunciadas por tribunales militares en sus zonas de ocupación respectiva. Con estos fundamentos se crearon los dos primeros tribunales internacionales: el de Nüremberg y el de Tokio.

«Además de estos dos tribunales militares internacionales, los Aliados crearon tribunales militares en sus zonas de ocupación respectiva. Esto último fue decretado por la Ordenanza número 10 del Consejo de Control, de 20 de diciembre de 1945, que dispuso que cada potencia ocupante podría juzgar a oficiales alemanes de bajo rango. El Tribunal de Nüremberg de crímenes de guerra enjuicio a 19 importantes criminales de guerra. Antes, durante y después de los juicios de Nüremberg, los Estados Unidos condenaron a 1814 en su zona de ocupación (de los que 450 fueron ajusticiados). Gran Bretaña a 1085 (240 ajusticiados). Francia 2107 (109 ajusticiados) y la URSS alrededor de unos 10000 (sin que se conozca el número de las personas ajusticiadas). El número total de actuaciones judiciales adicionales por parte de las potencias aliadas, según se infiere del informe de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, fue: Estados Unidos, 809; Gran Bretaña, 524; Australia, 256; Francia, 254; Países Bajos, 30; Polonia, 24 ; Noruega, 9; Canadá, 4; China, 1».⁴⁹

⁴⁹ BASSIOUNI, M. CH. «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 35, N.º 1 (1982). pp. 18 y 19.
<<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5184>>.

El Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg (1945),⁵⁰ firmado por los representantes de Estados Unidos de América, gobierno provisional de la República Francesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, tuvo por objeto, según lo dispuso en su artículo 6, dar un marco normativo que permitiera enjuiciar a «*los principales criminales de guerra del Eje Europeo por los delitos cometidos ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones*», y, en el mismo artículo, hace responsable de todos los actos que realicen las personas en ejecución de un plan común: «*Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan*».⁵¹ Como se observa, el Estatuto sigue la Doctrina de la Conspiración como forma de atribuir responsabilidad penal.⁵² A partir de esta formulación, los principios relativos a la autoría y participación se comenzaron a desarrollar.⁵³

⁵⁰ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945) *op. cit.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² KISS, A. «La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional». en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. N.º 2. (2013), p. 5. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4208309>

⁵³ CASSESE, A. «Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg». *United Nations Audiovisual Library of International Law*, p. 8. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf

La Ley del Consejo de Control N.º 10, Castigo de personas culpables de crímenes de guerra, Delitos contra la paz y contra la humanidad (*Control Council Law N.º 10*) dispuso, en su Artículo II, parágrafo 2, un concepto extenso de autor y partícipe:

2. Se considera que una persona, sin importar su nacionalidad o la capacidad en la que haya actuado, ha cometido un delito, como se define en el parágrafo 1 de este artículo si esa persona es: a) un actor principal; o, b) un cómplice en la comisión de tal delito o si ordenó o incitó al mismo; o, c) consintió al mismo; o, d) tuvo alguna relación con los planes o con el proyecto del mencionado delito; o, e) fue miembro de una organización o grupo relacionado con la comisión de tal delito; o, f) con respecto al parágrafo 1 a) si esa persona ocupaba un alto cargo político, civil o militar (incluyendo el Estado Mayor) en Alemania o alguno de los aliados de Alemania, cobeligerantes o satélites; o si ocupaban un alto cargo en la vida financiera, industrial o económica de dicho país.⁵⁴

Tanto el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg como la Ley del Consejo de Control N.º 10 siguen un sistema monista, respecto de la sanción de responsables, pues no distinguen entre autores y partícipes,⁵⁵ tarea que tuvo que

⁵⁴ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, H. y R. E. SÁNCHEZ SÁNCHEZ. *Código de Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2013. p. 10.

⁵⁵ OLÁSOLO, H. «Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional». En *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. N.º 3 (2009). p. 4.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018524>

asumir el Tribunal, mismo que, para justificar la extensión de la responsabilidad de los participantes, además revisó, como se ha indicado, sentencias de los tribunales militares creados por los Aliados en sus respectivas zonas de ocupación, relacionadas con crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, en las que se aplicó el principio de que: «*Cuando dos o más personas actúan juntas para llevar a cabo un propósito criminal común, los delitos perpetrado por cualquiera de ellos puede conllevar la responsabilidad penal de todos los miembros del grupo*». ⁵⁶ En ello es esencial la existencia de un plan común, por lo que señala el Tribunal que este concepto ha sido aceptado, además de los instrumentos y sentencias que estudió, por dos tratados internacionales: el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, ⁵⁷ adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164, de 15 de diciembre de 1997, en vigor el 23 de mayo del 2001, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en vigor el 1 de julio de 2002. ⁵⁸

Con relación al tema de la autoría, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas establece que comete el delito quien realiza el hecho (artículo 2. 1.) así como los cómplices, quien organice o dirija, y quien de algún modo contribuya siempre que

⁵⁶ § 195, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia... *op. cit.*

⁵⁷ ONU. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (1997).
<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1632.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1632>

⁵⁸ ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).
[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

se haga de forma intencional y con la finalidad de colaborar con los fines o actividad delictiva del grupo, de conformidad con el artículo 2. 3. c. del Convenio, que contempla la responsabilidad por hechos de otro, según lo establece en su análisis el Tribunal.

Dicha norma dispone:

Artículo 2

«1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, u

b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1.

3. También comete delito quien:

a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, u

b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o

c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito

común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate».⁵⁹

En el mismo sentido opina el Tribunal respecto del artículo 25. Responsabilidad penal individual, **3. d)**, que establece que:

«3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

[...]

d) *Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:*

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte;

o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;».⁶⁰

Con base en dichos instrumentos y resoluciones el Tribunal plantea, con claridad, que el objeto y propósito del

⁵⁹ ONU. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados... *op. cit.*

⁶⁰ ONU. Estatuto de Roma... *op. cit.*

Estatuto de la Corte es hacer extensiva la responsabilidad, para poder abarcar a todos aquellos que hubieren perpetrado o participado de cualquier forma, y no únicamente castigar a quienes materialmente realizaron los delitos previstos en el estatuto.⁶¹ Agrega que esta postura no solamente se basa en el Estatuto y resoluciones de tribunales sino que es consistente con la naturaleza misma de crímenes internacionales que se cometen en situación de guerra, pues esos casos no responden a una voluntad aislada sino que suelen constituir manifestaciones colectivas de criminalidad, son llevados a cabo por grupos que tienen un propósito criminal común, en los que si bien algunos llevan a cabo el hecho, la participación y contribución de los otros miembros es de vital importancia para facilitar la comisión de los crímenes, de tal forma que Tribunales que enjuiciaron crímenes de guerra relacionados con la Segunda Guerra Mundial adoptaron el principio de que cuando dos o más personas actúan juntas para llevar a cabo un propósito criminal común, los delitos cometidos por cualquiera de ellos puede conllevar la responsabilidad penal de todos los miembros del grupo.⁶²

Con estos antecedentes, el Tribunal precisa que la litis, el problema principal controvertido en el caso Tadić, consiste en determinar si se puede ser penalmente responsable por el asesinato de cinco hombres, aunque personalmente no se haya matado a ninguno de ellos. Desde luego, el Tribunal contestará que los actos de una persona pueden dar lugar a la responsabilidad de otra, pero para ello establece requisitos bajo los que se

⁶¹ § 189 y 190. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia... *op. cit.*

⁶² § 190 y 191. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia... *op. cit.*

deberá contemplar la responsabilidad por los actos de otro: 1) la participación en la ejecución de un plan criminal común; y, 2) el grado de *mens rea* requerido.

El plan criminal común y *mens rea*

El plan criminal común como forma de responsabilidad cómplice se observa en tres categorías distintas de casos: 1) coautoría, forma básica; 2) campos de concentración, forma sistémica; y, 3) propósito común, forma extensiva.⁶³ Estas formas de intervención del sujeto en los delitos constituyen formas de coautoría, según lo precisó el Tribunal en el caso Milutinovic.⁶⁴

1. Casos de coautoría. Los participantes en el diseño del plan criminal común tienen la intención de cometer un determinado delito y alguno o algunos de ellos lo cometen. Con relación al tema, la Corte señaló como antecedentes del empleo del criterio de coautoría, cuando los miembros del grupo tienen una intención común sin embargo cada integrante llevó a cabo acciones diferentes, por lo que se consideró la responsabilidad como coautoría bajo la doctrina de la Empresa Común, entre otros el Juicio de Almelo, juicio de Otto Sandrock y otros tres, instruido por la Corte Militar Británica para enjuiciar Criminales de Guerra, llevado a cabo en la Corte de Almelo, Holanda, del 24 al 26 de

⁶³ KAI, AMBOS. *Joint criminal enterprise... op. cit.*

⁶⁴ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M. «La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma». En *Anuario Iberoamericano de Derecho Penal Internacional*. vol. 1 (2013). p. 89.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2861>

noviembre de 1945,⁶⁵ en el que se determinó que tres alemanes eran culpables del homicidio de un soldado británico bajo esa doctrina toda vez que, si bien cada uno realizó actividades diferentes, todos tenían la intención de matarlo. En el caso Hoelzer *et al.*, instruido por la Corte Militar Canadiense, en Aurich, Alemania, del 25 de marzo al 6 de abril de 1946, se plantea como Empresa Común el hecho de que tres soldados alemanes llevaran a cierto lugar al prisionero canadiense con el propósito de que otros lo mataran.⁶⁶

2. Casos de campo de concentración. El sujeto debe conocer la naturaleza del sistema de malos tratos y debe participar con la intención de promover el plan común del maltrato. El elemento subjetivo, la intención, se puede demostrar con pruebas directas o bien por inferencia en virtud de la naturaleza de la autoridad que el sujeto guarda en el campo de concentración o en la jerarquía organizacional. A este respecto, el Tribunal refirió, como antecedente del empleo de este criterio los casos relacionados con los Campos de Concentración de Dachau y Belsen. El primero relacionado en el Juicio de Martin Gottfried Weiss y otros treinta y nueve, instruido por el Tribunal General del Gobierno Militar de la Zona de los Estados Unidos de América, en Dachau, Alemania, del 15 de noviembre al 13 de diciembre de 1945, y el segundo con el Juicio de Josef Kramer y otros cuarenta y cuatro, instruido por la Corte Militar Británica, en Luneberg, del 17 de septiembre al 17 de noviembre de 1945.

⁶⁵ The Almelo Trial, Trial of Otto Sandrock and Three Others, Case N.º 3. *Law Reports of Trials of War Criminals*. Vol. 1 at 35 (British Military Court, Nov. 26, 1945).
http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.11.26_United_Kingdom_v_Sandrock.pdf

⁶⁶ § 197, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia... *op. cit.*

En todos estos casos se consideró que los crímenes cometidos en los campos de concentración eran responsabilidad de los miembros de las unidades militares o administrativas en virtud de que actuaron con un propósito común: matar o maltratar prisioneros, aunado a ello, los acusados tenían una posición de autoridad o jerarquía en los campos de concentración. A fin de responsabilizar a los miembros de las unidades se propusieron y adoptaron, en el caso Belsen, tres requisitos: (I) La existencia de un sistema organizado para maltratar a los detenidos y cometer los crímenes; (II) La conciencia del acusado sobre la naturaleza del sistema; y, (III) El hecho que el acusado de alguna manera participó en la aplicación del sistema, esto es, en la realización del propósito criminal común.⁶⁷

3. Casos de propósito común. Existe un propósito común únicamente cuando se cumple alguna de los siguientes criterios: a) Se tiene la intención de participar en una Empresa Criminal Conjunta, así como de promover los propósitos criminales de dicha empresa; y, b) Dado el objeto del propósito criminal común es previsible que miembros del grupo cometan otros delitos, en estos casos no se quiere lograr cierto resultado, pero se es consciente de que las acciones del grupo tienen la probabilidad de producir el resultado no buscado, por lo que se asume voluntariamente ese riesgo como consecuencia probable del propósito criminal común.⁶⁸

Es el caso en que uno de los perpetradores comete un delito que no se encuentra previsto en el plan común, sin embargo,

⁶⁷ §202, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia...
op. cit.

⁶⁸ OLÁSOLO, H. *Reflexiones...*, p. 8.

es una consecuencia natural y previsible del mismo, del que se es indiferente o imprudente respecto de su comisión, por lo que el delito se podrá atribuir a todos, se les hace penalmente responsables en virtud de que les es previsible. Abarca supuestos en que es problemática la prueba por tratarse de actos grupales en donde no se pueden determinar los actos que realizó cada perpetrador o cuando el vínculo causal es indeterminado. Los ejemplos que indica la Corte son el Caso de Essen Lynching, Juicio de Erich Heyer y otros seis, instruido por la Corte Militar Británica para los Juicios de Criminales de Guerra, en Essen, el 18, 19, 21 y 22 de diciembre de 1945,⁶⁹ y el Juicio por Crímenes de Guerra en la Isla Borkum, casos en que los militares alemanes incitaron a la población civil a atacar a los soldados aliados hechos prisioneros.

Los elementos objetivos comunes a las formas de Empresa Criminal Conjunta,⁷⁰ indicadas son: **I.** Una pluralidad de personas. No necesitan estar organizados en una estructura militar, política o administrativa, como lo muestran el caso Essen Lynching; **II.** La existencia de un plan, diseño o propósito común que equivalga o implique la comisión de un delito. No es necesario que este plan, diseño o propósito haya sido previamente acordado o formulado, puede materializarse de manera improvisada y deducirse del hecho de que una pluralidad de personas actúa al unísono para poner en práctica una Empresa Criminal Conjunta;

⁶⁹ The Essen Lynching Case, Trial of Erich Heyer and Six Others, Case N.º 8, *Law Reports of Trials of War Criminals*. Vol. 1 at 88 (British Military Court, Dec. 22, 1945).
http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.22_United_Kingdom_v_Heyer.pdf.

⁷⁰ KAI, AMBOS. *Joint Criminal Enterprise*. p. 42.

y, **III**. Participación del acusado en el diseño común que implica la perpetración de uno de los delitos. Esta participación no necesita involucrar la comisión de un delito específico, sino que puede referirse a la forma de asistencia o contribución a la ejecución del plan o propósito común.⁷¹

Participación en la Empresa Criminal Conjunta

La importancia del tema radica en que los sistemas que distinguen diferentes formas de intervención en la comisión del delito permiten atenuar las consecuencias jurídicas para los partícipes con relación a la que corresponde al autor.⁷² En los tribunales internacionales esta distinción se introdujo, por vez primera, en la Ley del Consejo de Control N.º 10, Castigo de personas culpables de crímenes de guerra, Delitos contra la paz y contra la humanidad (*Control Council Law N.º 10*) dispuso, en su Artículo II, parágrafo 2, que como se ha indicado plantea un concepto extenso autor y partícipe, sin que se precisen las reglas o criterios de distinción.

Las reglas se empezaron a desarrollar en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 7 (1), y el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, artículo 6 (1). El primero refiere responsabilidad individual a quien: «*haya[...] instigado[...] o ayudado en cualquier otra forma[...]*»,⁷³ en tanto que el Tribunal para Ruanda establece que: «*Quien quiera haya*

⁷¹ § 227, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia...
op. cit.

⁷² OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 61.

⁷³ ONU, Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *op. cit.*

[...] incitado [...] o ayudado y alentado de cualquier forma[...]»,⁷⁴ esto es, hacen referencia a las figuras jurídicas con las que comúnmente se identifica a los partícipes. No obstante, como se puede observar en la redacción de los preceptos señalados no se estableció expresamente la distinción entre autores y partícipes, ello quedó a la interpretación, la jurisprudencia, de dichos tribunales, por lo que la cuestión fue abordada en el contexto del análisis de la Empresa Criminal Conjunta al resolver el caso Tadić, en la que se adoptó el criterio de que efectivamente, el estatuto distinguía entre autores y partícipes en su artículo 7 (1).⁷⁵ Por su parte, el Tribunal para Ruanda siguió este criterio.⁷⁶

Con relación a la distinción entre la autoría y la participación el criterio que se emplea es el de la accesoriedad de esta última, en tanto que su responsabilidad deriva del autor, como un criterio subjetivo.⁷⁷ Lo que a consideración del Tribunal para la ex Yugoslavia permite distinguir entre quien actúa a fin de lograr un propósito común y quien ayuda e instiga:⁷⁸ I) El ayudante e instigador es siempre un actuar accesorio en un delito perpetrado por otra persona, el autor; II) En el caso de

⁷⁴ ONU, Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda.
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

⁷⁵ OLÁSOLO, H. *Tratado...*, p. 69.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁷⁷ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M. *La doctrina de la empresa criminal conjunta...*, p. 88.

⁷⁸ DAVID, PEDRO R., «El tribunal penal internacional de la ex-Yugoslavia y el caso Perišić» En REY, Sebastián A. (coord.), *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Infojus, 2014. p. 34.
<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1619>

ayudar y alentar, no se requiere prueba o existencia de un plan o acuerdo, incluso es posible que el autor ni siquiera sepa sobre la contribución del cómplice; **III)** El ayudante e instigador realiza actos específicamente dirigidos a ayudar, alentar o prestar apoyo moral a la perpetración de un determinado delito específico, mismo que tiene un efecto sustancial sobre la perpetración del delito. Por el contrario, en el caso de actuar en pos de un propósito o diseño común, es suficiente que el participante realice actos que de alguna manera estén dirigidos a la promoción del plan o propósito común; y, **IV)** En el caso de ayudar e instigar, el elemento subjetivo requerido consiste en saber que los actos realizados por el ayudante y el cómplice ayudan a la comisión de un delito específico por parte del autor.⁷⁹

Conclusión

Los fundamentos del Derecho penal moderno fueron duramente cuestionados en los casos juzgados por Tribunales Internacionales, particularmente los instruidos a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, tanto en su parte sustantiva como en el procedimiento, su parte adjetiva. Así principios como el de no retroactividad; ámbito de aplicación de la ley a las personas; la aplicación territorial de la ley penal; principio de culpabilidad; excluyentes de responsabilidad en virtud de mandatos u órdenes superiores; prohibición de tribunales especiales; derecho de defensa; interpretación de las pruebas; ley previa; criterios de imputación a título de autor y partícipe, entre otros. La respuesta a muchas de estas cuestiones sentó las bases del ahora llamado Derecho Penal Internacional, en donde ya se cuenta con un código

⁷⁹ § 229, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia...
op. cit.

sustantivo, un procedimiento, una Corte Penal Internacional, y paulatinamente la jurisprudencia va resolviendo los problemas más particulares.

Uno de los problemas a que se enfrentaron los Tribunales internacionales lo constituyeron los criterios de imputación a título de autoría y participación, particularmente la búsqueda de reglas para poder atribuir responsabilidad por hechos de otros, lo que se encontraba a contracorriente con las doctrinas vigentes hasta ese momento. Para resolver el problema CLAUS ROXIN, apoyado en el caso Adolf Eichmann, elaboró la Teoría del dominio del hecho, misma que, siguiendo la tradición jurídica penal alemana de la época, se entiende más respetuosa del principio de legalidad, más normativa, por lo que resultó poco útil para enjuiciar los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda, en virtud de lo cual éstos más influenciados por la tradición anglosajona se vieron precisados a buscar otros criterios. Desde luego sin desconocer la carga política que implicaba seguir el mandado del secretario del Consejo de Seguridad de la ONU que les compelió a enjuiciar a todos los que de alguna forma hubieran intervenido en dichos crímenes. Ambos problemas se resolvieron con la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta, misma que permitió extender la responsabilidad a todos los que de alguna forma hubieran intervenido. Lo que no pocos han considerado que conduce a una práctica que se contrapone a las garantías del Estado de Derecho, así como a los principios de intervención mínima y última ratio que rigen en el Derecho penal moderno.⁸⁰

No obstante, para justificar la ampliación de la responsabilidad que permiten los criterios de la Empresa Criminal

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, F. *¿Cómo imputar...*, p. 8.

Conjunta se han establecido, desde antes de su formulación, incluso como mandato político, precisamente argumentos de política criminal: *«En particular, en relación con la variante amplia de ECC, subrayan que su razón de ser se encuentra en consideraciones de orden público, como la necesidad de proteger a la sociedad frente a aquellas personas que unen sus fuerzas para ser más efectivas en la realización de actividades delictivas, y que persisten en estas actividades a pesar de ser conscientes de que delitos serios que no forman parte integral del plan común pueden ser cometidos en su ejecución.»*⁸¹ También se señala la propia dinámica delictiva y la dificultad probatoria.

Esta discusión no es baladí puesto que en la actualidad los integrantes del crimen organizado llevan a cabo la comisión de delitos a través de un reparto de tareas que hace muy complicada la prueba, como en su momento se indicaba respecto de los crímenes contra la humanidad. Este problema, al que se enfrentó el Derecho Penal Internacional, constituye uno de los mayores retos en nuestra época: que el sistema penal cuente con criterios que le permitan atribuir responsabilidad a los integrantes del crimen organizado por los delitos cometidos por un subgrupo o célula, que aparentemente nada tienen que ver con el objeto o los objetivos que persigue el grupo delictivo. Recordemos que ROXIN señala que los criterios que él plantea para la Teoría del dominio del hecho también son aplicables para los delitos cometidos por grupos mafiosos, lo que en la práctica jurisprudencial ocurre y, por otra parte, lo mismo acontece respecto de los criterios de la Empresa Criminal Conjunta con relación a los actos de líderes de grupos delictivos, particularmente en Estados Unidos de América.

⁸¹ OLÁSOLO, H. *Reflexiones...*, p. 19.

Pero no solamente se han de afrontar los problemas de prueba, que en todo caso se deben de resolver dentro de los límites de la legalidad, sino que el propio reparto de tareas y actividades que realizan los distintos grupos de delincuencia organizada paulatinamente se van alejando de una estrategia y línea de mando que poco o nada tiene que ver con el dominio del hecho que ejercía la jerarquía del grupo delictivo, pero cuyas actividades de alguna forma tienen que ver con el grupo delictivo, lo que solamente es abarcable con el concepto de Empresa Criminal Conjunta. Más aún cuando los cárteles actúan a través de células y, más recientemente, a través de franquicias delictivas, como por ejemplo ocurre en México. Esto último ya lo veía el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en virtud de lo cual en el caso Kvočka introdujo el concepto Empresas Criminales Comunes Subsidiarias, pues fuera de este criterio no es extensible la responsabilidad de las subsidiarias a «*la matriz*».

Este tipo de situaciones se diferencia de aquellas otras en las que existen varias ECCs actuando de manera simultánea. En relación con este segundo tipo de situaciones, la Sala de Primera Instancia en el caso Kvočka ha introducido el concepto de «Empresas Criminales Comunes Subsidiarias». (The Prosecutor v Miroslav Kvočka et al (Trial Judgment) ICTY-98-30/1-T (2 Nov 2001) § 307 (en adelante, sentencia de primera instancia en el caso Kvočka). Lógicamente, las ECCs subsidiarias tendrían normalmente un plan común mucho más específico y limitado que podría consistir en la ejecución de programas de trabajos forzados, de violación sistemática y embarazo forzado o de

*exterminio de los miembros de un grupo determinado grupo.*⁸²

Lo que plantea la necesidad de actualizar los criterios de imputación tratándose sobre todo de delitos cometidos por grupos delictivos, puesto que de otra forma se corre el riesgo de dejar en la impunidad casos como los contemplados entre matriz y subsidiaria, o células, puesto que el dominio del hecho normalmente no lo detenta la matriz respecto de delitos que se cometen a su amparo, nombre o protección, por parte de las células. Lo que sí ocurre con los criterios que ha venido delineando la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta.

⁸² OLÁSOLO, H. *Reflexiones...*, p. 9.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. «*Joint criminal enterprise* y la responsabilidad del superior». *Revista de Derecho penal y criminología*. N.º 19. 2007. Digital.

<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/189516>

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 35. N.º 1. 1982. Digital.

<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5184>

BENAVIDES VENEGAS, Farid Samir. «Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional». *Revista Academia y Derecho*. N.º 13. 2016. Digital.

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/309>

CASSESE. Antonio, «Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg». *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Digital.

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf

CORTE PENAL INTERNACIONAL, base de datos de herramientas legales. *Control Council Law*. N.º 10. *Punishment of*

persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity. Digital.

<https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>

DAVID, Pedro R. «El tribunal penal internacional de la ex-Yugoslavia y el caso Perišić». coord. Sebastián A. Rey. *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Infojus, 2014. Digital.

<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1619>

ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÜREMBERG. 1945. Digital.

http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. trad. Carlos Díaz. Madrid: Prodhufi, 1993.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.^a edición. trad. Joaquín Cuello Contreras, et al. Madrid: Marcial Pons, 2018.

KISS, Alejandro. «La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional». *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N. 2. 2013. Digital.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4208309>

MALAMUD GOTI, Jaime. «*Radical Evil on Trail* de CARLOS SANTIAGO NINO». *Revista Jurídica de la Universidad de*

Palermo. N.º 1. 2000. Digital.

https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica11.pdf

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10.ª edición. Barcelona: Reppertor, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la Delincuencia organizada y empresarial?». coord. José, Cerezo Mir. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado». *Revista Penal*, N.º 31, 2013. Digital. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/320187>

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. «La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma». *Anuario Iberoamericano de Derecho Penal Internacional*. vol. 1, 2013. <https://revistas.uosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2861>

OLÁSOLO, Héctor. «Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional». *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. N.º 3. 2009. Digital <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018524>

_____. «Tratado de autoría y participación». *Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. «*Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia*». Digital.
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>.

_____. Consejo de Seguridad. «*Resolución 808 (1993)*». Digital.
[https://undocs.org/es/S/RES/808%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/808%20(1993))

_____. Consejo de Seguridad. «*Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el §2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*». Digital.
<https://undocs.org/es/S/25704>

_____. «*Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas*». 1997. Digital.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1632.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1632>

_____. «*Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda*». Digital.
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

_____. «*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*». 2002. Digital.
[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

POCAR, Fausto. «Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia». coord. Sebastián A. Rey. *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de*

Derechos Humanos. Buenos Aires: Infojus, 2014.
<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1619>

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3.^a edición.
Bogotá: Temis, 2005.

ROXIN, Claus. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». *Revista Penal*. N.º 2. 1998. Digital.
<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/62141>

_____. «La estructura de la teoría del delito». *Derecho Penal. Parte General*. t. I. trad. Diego-Manuel, Luzón Peña, et al. Madrid: Civitas, 2015.

_____. «Dominio de la organización y resolución al hecho». *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. «Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión». *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. «Especiales formas de aparición del delito». *Derecho Penal. Parte General*. t. II. trad. Diego-Manuel, Luzón Peña, et al. Buenos Aires: Civitas, 2015.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando y Raúl Eduardo, SÁNCHEZ SÁNCHEZ. *Código de Derecho Penal Internacional*. 2.^a ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las

formas de autoría». *Derecho Penal y Criminología*. vol. 25. N.º 75. 2004. Digital.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037/981>

THE ALMELO TRIAL. «Trial of Otto Sandrock and Three Others, Case N.º 3». *Law Reports of Trials of War Criminals*. Vol. 1 at 35 (British Military Court, Nov. 26, 1945). Digital.
http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.11.26_United_Kingdom_v_Sandrock.pdf

THE ESSEN LYNCHING CASE «Trial of Erich Heyer and Six Others, Case N.º 8». *Law Reports of Trials of War Criminals*. Vol. 1 at 88 (British Military Court, Dec. 22, 1945). Digital.
http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.22_United_Kingdom_v_Heyer.pdf

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. «Sentencia The Prosecutor v. Duško Tadić del 15 de julio de 1999». La Haya. Digital.
<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2017.

PERFILES CRIMINOLÓGICOS Y ASESINOS EN SERIE:
UN ENFOQUE A MUJERES ASESINAS

**PERFILES CRIMINOLÓGICOS Y ASESINOS EN SERIE:
UN ENFOQUE A MUJERES ASESINAS.¹**

CAMILA MARÍA ROMERO FRANCO²

UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO - ECUADOR

RESUMEN:

Las mujeres asesinas seriales son un fenómeno que ha existido siempre a través de la historia, pero no hasta finales del siglo pasado se creó conciencia de su existencia, por lo tanto, no han sido estudiadas en su totalidad. En las últimas décadas varios autores han creado diferentes tipologías de perfiles, tanto de mujeres como hombres seriales para tratar de estudiarlos y comprenderlos mejor. Las tipologías de perfiles femeninas son poco comunes y las creadas, por más que proveen información necesaria, están incompletas o desactualizadas. El presente ensayo aspira

¹ Artículo presentado por la autora el 30 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 26 de junio de 2020.

² Abogada en libre ejercicio. El presente trabajo lo realizó en el marco del trabajo de titulación para adquirir el grado de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República, por parte de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Ecuador.
orcid.org/0000-0002-3283-8727

proponer una nueva tipología enfocada meramente en mujeres, tomando en cuenta factores esenciales en categorizaciones de asesinos seriales, como la motivación, metodologías y selección de víctimas. También busca añadir elementos externos necesarios tales como, diferenciación de roles de poder e incrementar nuevas subcategorizaciones. Con el propósito optimista de categorizar y conocer mejor a un tipo de criminales que han sido ignorados tanto por los medios de comunicación y la sociedad como tal, durante muchos años.

PALABRAS CLAVE:

Asesinas seriales, tipología de perfiles, perfiles criminológicos, confort, psicoasesinas, hedonistas, maniaco de poder, asesinos grupales.

ABSTRACT:

Female serial killers have existed all throughout history, but it was not until the end of last century that society became aware of their existence, therefore, they have not been studied entirely. Over the last few decades several authors have created different typologies, of both male and female serial killers to try and study them better, as well as comprehend them. Female serial killer typologies are relatively uncommon and the ones that have been created, even though they provide useful information, are incomplete or outdated. The goal of the present study is to propose a new female serial killer oriented typology. Taking into consideration essential factors in categorization of serial killers like motive, methodology and victim selection. It aspires as well to add external but necessary elements like differentiation of roles of power and a few new subcategorizations as well. Hopefully,

this research will be useful to categorize and identify better a type of criminal that has been ignored by both the media and society for several years.

KEYWORDS:

Female serialists, typologies, criminal profiling, comfort, psychokillers, hedonist, power maniac, team killers.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha creado un debate continuo si debiera existir una tipología de perfiles exclusivamente para mujeres asesinas. Los asesinos seriales son personas complejas y un caso de estudio relativamente nuevo, especialmente las mujeres. Para el público general este tipo de criminal no existió hasta la década de los setenta, puesto que había un entendimiento social que la mujer no era capaz de asesinar. Dicho, conjunto a la falta de atención por autoridades criminales, medios de comunicación y la sociedad como tal, ha convertido a la mujer asesina en un criminal más eficiente y exitoso que el hombre, pero también menos estudiado.

Consecuentemente, nuevos autores y tipologías han empezado a surgir en búsqueda de que la criminología comprenda y logre clasificar a los asesinos en serie. El presente ensayo proyectaba demostrar que no es necesaria una separación entre hombres y mujeres asesinos, dado que los perfiles son indiscutiblemente similares, pero a lo largo de la investigación se concluyó que, si bien es cierto, los asesinos y las asesinas seriales comparten características, es necesaria hacer una división. Se analizaron diversas tipologías femeninas y estudios con la finalidad de encontrar una acertada y a lo largo de la investigación se percibió que las categorizaciones existentes están incompletas o recaen en contradicciones. Es por tal motivo que el presente estudio ofrece una propuesta nueva de tipología de perfiles femenina centrada exclusivamente en asesinas seriales. Tomando en cuenta diferentes factores que contribuyen a la comisión de dicho crimen, como motivación y selección de víctimas, pero también complementándola con factores nuevos como roles de poder y subcategorizaciones.

II. LA ETIQUETA DE ASESINO SERIAL Y LOS PERFILES

A los asesinos se les ha atribuido una serie de etiquetas distintas según las circunstancias de sus actos: Ilegándose a hablar de asesinatos en masa, seriales y sensacionales,³ los cuales han sido poco estudiados debido a su escasa frecuencia necesaria para alcanzar el nivel de investigación deseado.⁴ Existe una noción equívoca en cuanto a los términos «asesino en masa» y «asesino en serie», pues generalmente concurre la confusión que se refieren a lo mismo, cuando realmente son dos conceptos distintos.⁵ El término «asesino en serie» ha tenido una gran cantidad de concepciones, lo que hace difícil designar quién entra en la categoría y quién no lo hace.⁶ Si bien el término ha sido definido múltiples veces a través de los años por diferentes autores, igualmente se encuentran similitudes

³ En efecto, estas definiciones dadas por DIETZ se refieren principalmente al acto, más no a los autores. De ello que el asesinato «sensacional» cubra únicamente la perspectiva mediática del hecho, sin que tenga una característica definitoria más allá que la cobertura de los medios (DIETZ Park Elliott, *Mass, serial and sensational homicides*, 1986, p. 488 y ss.). Así, por ejemplo, la muerte de *John Lennon* por parte de Mark David Chapman puede considerarse un asesinato sensacional, sin que claramente tenga las características de los asesinatos en serie o en masa, los cuales por su naturaleza generalmente causaran ese sensacionalismo (p. 488).

⁴ DIETZ, P. 1986. p. 478.

⁵ DIETZ, P. 1986. p. 478. El término «asesinato en masa» se puede definir como «ofensas en la cual múltiples víctimas son intencionalmente asesinadas por un solo actor en un mismo incidente» (*Ibid.*, p. 479).

⁶ Sobre la problemática de la definición, y su evolución, puede revisarse SCHURMAN-KAUFLIN, Deborah. *The new predator: Women who kill*, 2000, pp. 7 y ss.; más recientemente también: SHARMA, Meher. *The Development of Serial Killers: A Grounded Theory Study*, 2018, pp. 6 y ss.

en cada descripción. GEBERTH define el término como: «*Dos o más asesinatos individuales donde el autor, actuando solo o acompañado, comete múltiples homicidios⁷ dentro de un periodo*

⁷ Homicidio y asesinato son dos términos diferentes tanto para la criminología como para la ley ecuatoriana. HOLMES y HOLMES proveen dos definiciones diferentes y definen asesinato como «*la muerte ilegal de un ser humano ocasionada por otro ser humano*», y a su vez, en referencia a RUSH que define homicidio como «*cualquier muerte ilegal ocasionada*», La palabra clave para los autores es «*ilegal*», estableciendo que, sin propósitos de entrar en un debate sobre el aborto, ciertas personas lo ven como un homicidio y otros como tomar una vida humana legalmente. (HOLMES, Ronald & HOLMES, Stephen. *Serial Murder*. 2010, pp. 2-3). Ésta misma consideración puede realizarse desde una perspectiva legal en el Ecuador, donde el asesinato y el homicidio son contemplados como dos delitos autónomos y tipificados de manera distinta, pese a compartir el denominador común de «*muerte de un hombre*» que definiría al homicidio como acto global. El Código Orgánico Integral Penal (publicado en el Registro Oficial, 180 de 10 de febrero de 2014) establece en el artículo 140, bajo el delito de asesinato a «*la persona que mate a otra*» concurriendo ciertas circunstancias como a sabiendas dar muerte a familiar, colocar a la víctima en indefensión o inferioridad, utilizar medios capaces de causar estragos, aumentar deliberadamente su dolor, entre otras. Homicidio, por otra parte, se establece estrictamente como «*la persona que mate a otra*» en el artículo 144, excluyendo claramente desde esta perspectiva los casos donde los homicidios no contemplen el desvalor antijurídico –como los casos de legítima defensa-. Ambas definiciones se pueden comparar con «*asesinato en primer grado*» (*first-degree murder*) y «*asesinato en segundo grado*» (*second-degree murder*) respectivamente, que son términos utilizados en los sistemas anglosajones. Ambos apartados del término «*homicidio culposo*» o «*manslaughter*» que ocurre cuando se causa la muerte de una persona sin malicia o intención de hacer daño. Para propósito del presente ensayo se utilizarán los términos homicidio y asesinato intercambiablemente como sinónimos con el fin de crear mayor facilidad para el lector, ya que autores citados en el mismo emplean los términos de la igual manera.

*determinado, con intervalos de tiempo entre cada asesinato»;*⁸ mientras que HOLMES Y HOLMES fijan a un asesino en serie como *alguien que asesina a más de tres personas en un periodo mayor a treinta días.*⁹ SCHURMAN-KAUFLIN recolecta varias definiciones y acoge una concisa y general: *«Aquellos que asesinan dos o más víctimas, con un período de enfriamiento emocional entre homicidios».*¹⁰

Dentro de la criminología se han estudiado incontables casos de asesinos en serie,¹¹ pero aun así el crimen de un

⁸ GERBERTH, Vernon, *Practical homicide investigation*, 2006, p. 475.

⁹ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 5.

¹⁰ SCHURMAN-KAUFLIN. 2000. p.8. Esta definición general es la que más se acerca a la definición actualmente utilizada por el FBI, que consiste en *«el homicidio ilegal de dos o más personas por el mismo ofensor(es) en eventos separados»* y es la definición que será tomada en consideración para propósitos del presente ensayo. (GERBERTH, Vernon. *Sex related homicide and death investigation, practical and clinical perspectives*. 2010. p. 451).

¹¹ Los primeros asesinos en serie documentados en la historia se encuentran en la antigua Roma, la mayoría eran envenenadores bajo la protección de un emperador. En tiempos medievales el veneno era el método preferido para matar puesto que no existían avances significativos en la ciencia para probar una muerte causada por ciertos venenos como el arsénico. Un ejemplo es el de Giulia Tofana, quien estuvo implicada en cientos de muertes en el siglo XVII (RAMSLAND, Katherine. *The psychology of death investigations: behavioral analysis for psychological autopsy and criminal profiling*. 2018. p. 95). Cuenta la historia que un grupo de mujeres fabricaban y distribuían veneno, conocido como *Aqua Tofana*, a una clientela exclusivamente femenina y éste era usado para asesinar esposos crueles o no deseados. Se duda si la propia Tofana debe ser o no considerada dentro de la categoría *«asesina en serie»* puesto que no se sabe si participó directamente en alguna muerte. Se discute incluso sobre su muerte, pues si bien algunos autores señalan que

asesino serial ha recibido más popularización mediática que investigación académica seria.¹² Consecuentemente, los medios han causado gran desinformación y la creación de concepciones erróneas y mitos por el público general.¹³ De ello que, según explica KELLEHER: «Para el observador casual, un asesino en serie es conocido solamente como un depredador sexual hombre, quien acosa a su víctima en una serie de actos compulsivos que inevitablemente terminan en asesinato».¹⁴ Si bien no es falso que el asesino en serie hombre por lo general mata por razones sexuales,¹⁵ es equívoco concebir que los asesinos seriales son únicamente hombres.¹⁶ De la misma manera, es erróneo asumir que solamente son motivos sexuales los que impulsan la realización de estos delitos. En la actualidad criminólogos han hecho una diferenciación entre mujeres y hombres asesinos,¹⁷

«Murió alrededor de 1651, probablemente en su propia cama y sin ser sospechosa de ningún crimen» (DASH, Mike. *Aqua Tofana*. 2017. p. 63), otros autores dicen que fue ejecutada y previamente confesó estar involucrada en la muerte de aproximadamente 600 personas (PARASCANDOLA, John. *King of poisons: a history of arsenic*. 2012. p. 6).

¹² KELLEHER, Michael & KELLEHER, C. L., *Murder most rare, the female serial killer*. 1998. p. 3.

¹³ Algunas de estas concepciones erróneas y mitos son expuestas por WALTERS, Bethany, HICKEY, Eric, DRISLANE, Laura & PATRICK, Christopher. *Serial Murder: facts and misconceptions*. 2015. p.3.

¹⁴ KELLEHER & KELLEHER, 1998, p. X.

¹⁵ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 40.

¹⁶ Según WALTERS *et al.* el 16% de los asesinos en serie son mujeres, la mitad de ellas en equipo y matando principalmente por medio de veneno o sofocando (2015. pp. 4-5).

¹⁷ En éste sentido FLOWERS, R. Barri. *The Dynamics of Murder: kill or be killed*. 2013. pp. 201 y ss; GURIAN, Elizabeth. *Female Serial Murderers: directions for future research on a hidden population*. 2009. p. 29; HOLMES

asimismo, han buscado agrupar los diferentes tipos de motivación que llevan a una persona a cometer dicho crimen.

En las últimas décadas, consecuente a la popularización mediática del criminal surgen varios intentos de clasificar a los asesinos en serie en diferentes grupos, llamados «tipologías»¹⁸ La creación de perfiles criminales se ha definido como una técnica para identificar los rasgos de la personalidad y características de comportamiento de un individuo, basado en un análisis de los crímenes que ha cometido¹⁹ Estas nuevas categorizaciones clasifican a los actores basadas en diversas características y rasgos de la personalidad, asimismo como el resultado de la escena del crimen y su selección de víctimas. La tipología de perfiles puede ser exitosa porque varios estudios han demostrado patrones específicos y establecido vínculos entre diferentes individuos que cometen los homicidios²⁰ GARRIDO, establece que como todo ser humano, los asesinos también desarrollan una sucesión de hábitos y preferencias cuando tienen la oportunidad de repetir sus agresiones.²¹ Sin embargo, el ser humano es extremadamente

& HOLMES. 2010, pp. 171 y ss; HICKEY. 2010. pp. 254 y ss.

¹⁸ La autopsia realizada sobre el criminal Giuseppe Villela llevó, a finales del siglo XIX, a que CÉSAR LOMBROSO cree su teoría del «hombre criminal» y fue la primera persona reconocida por separar a los criminales en diversos conjuntos dependiendo de ciertas características físicas que mostraba la persona (HICKEY. 2010. p. 53). LOMBROSO no solo tenía una tipología basada en el delincuente masculino (LOMBROSO, C. *L'Uomo Delinquente*. 1906). También contó con una tipología femenina (LOMBROSO, Cesare y FERRERO, Guglielmo. *La Donna Delinquente. la prostituta e la donna normale*, 1903).

¹⁹ DOUGLAS, John. Robert, RESSLER, Ann, BURGESS & Carol, HARTMAN. *Criminal profiling from crime scene analysis*. 1986. p. 405.

²⁰ SCHURMAN-KAUFLIN. 2000. p. 16.

²¹ GARRIDO, Vicente. *La mente criminal*. 2013. p. 205.

complejo y las tipologías nunca serán completamente precisas, por lo que existen ciertas contradicciones y se discute la eficacia de los perfiles criminológicos.²² Si bien no es una ciencia exacta, es innegable que cada vez aporta más información útil para conocer mejor al fenómeno del asesino serial.

La primera tipología de perfiles que obtuvo acogida formal fue creada en 1980 por agentes del *Federal Bureau of Investigation* (FBI), inicialmente se creó para describir los asesinatos motivados por lujuria.²³ Los autores hicieron una distinción entre actores organizados y desorganizados basada en examinación de la escena del crimen, la víctima y reportes forenses.²⁴ Posteriormente el agente especial JOHN E. DOUGLAS en conjunto con RESSLER, BURGESS y HARTMAN amplió la teoría para todos los homicidios sexuales, la cual «incluye factores tales como selección de la víctima, estrategias para controlar a la víctima y secuencia del crimen».²⁵ Partiendo de la teoría del asesino organizado/

²² CANTER, David & WENTIK, Natalia. Presentan una crítica a los perfiles criminológicos, estableciendo que se mezclan definiciones objetivas como el género de la víctima con interpretaciones subjetivas como la motivación psicológica (*An empirical test of the Holmes and Holmes serial murder typology*. 2004. p. 4).

²³ MESSORI, Leryn Rose-Doggett. *Frequencies between serial killer typology and theorized etiological factors*. 2016. p. 13.

²⁴ CANTER, David. Laurence, ALISON. Emily, ALISON. & Natalia WENTIK. *The Organized/Disorganized Typology of Serial Murder: Myth or Model?* 2004. p. 4.

²⁵ *Ibid.*, p. 412. Para ello hacen referencia a Ted Bundy como un asesino organizado y puntualizan que su método de planear era notorio a través del éxito logrado secuestrando a sus víctimas en plena luz del día y áreas notoriamente visibles. «Su control de la víctima era primero a través de manipulación y luego fuerza física. Estas dinámicas eran importantes en el desarrollo de una fantasía

desorganizado, EGGER luego aporta que los asesinos organizados son percibidos como egocéntricos, y pueden ser superficialmente encantadores y manipuladores.²⁶ En contraste, se creía que el asesino desorganizado mata de manera oportunista y espontánea, dejan evidencia en la escena del crimen y el cuerpo al aire libre.²⁷ Pese a ser innovadora puesto que abrió las puertas a nuevos estudios y perfiles, esta nueva tipología recibió también críticas. Se señala que el grupo de estudio fue muy pequeño, compuesto únicamente de 39 sujetos y no se comprobó nuevamente, por lo que tiene poca validación comparado con un grupo poblacional más grande.²⁸ En su tiempo parecía revolucionaria y que cambiaría el entendimiento de los asesinos en serie, pero hoy en día solo ofrece una de varias guías posibles.²⁹

de la víctima deseada». (*Ibid.*, p. 412). Los autores establecen que «un asesino organizado es aquel que parece planear sus asesinatos, elegir como blanco a sus víctimas, mostrar control de la escena del crimen y ejecutar una fantasía violenta en contra de la víctima (sexo, desmembramiento, tortura)» (*Ibid.*, p. 412).

²⁶ EGGER, Steven. *A working definition of serial murder and the reduction of linkage blindness*. 1984. p. 351. Sobresale nuevamente Ted Bundy, especialmente su manera de ganar la empatía del público siendo elocuente y cautivador durante su notorio enjuiciamiento.

²⁷ LABRODE, Rebecca. *Etiology of the psychopathic serial killer: An analysis of antisocial personality disorder, psychopathy, and serial killer personality and crime scene characteristics*. 2007. p. 157. DOUGLAS *et al.*, establecen que la inteligencia del asesino desorganizado es debajo del promedio y que son socialmente incompetentes. La desorganización «puede ser el resultado de la juventud del actor, falta de sofisticación criminal, uso de drogas y alcohol o deficiencia mental». (DOUGLAS, John. Ann, BURGESS. Allen, BURGESS. & Robert, RESSLER. *Crime classification manual: A standard system for investigating and classifying violent crimes*. 2006. p. 218).

²⁸ MESSORI. 2016. p. 15.

²⁹ RAMSLAND. 2018. p. 117.

III. LAS PRIMERAS TIPOLOGÍAS

De la mano con la popularización y concientización sobre asesinos seriales, se han desarrollado diversas nuevas tipologías. HOLMES Y HOLMES, los creadores de la teoría más reconocida a nivel mundial, refutan la del asesino organizado/desorganizado por cuanto «*no hay manera de validar la información sostenida por el FBI*».³⁰ Los autores expresan reiteradamente que «*es imposible explicar completamente el fenómeno del asesino en serie pues la mente de cada asesino es única*»,³¹ por lo tanto, nunca existirá una categorización completamente precisa. Con ello crearon una nueva tipología que obtuvo gran acogida y hasta el día de hoy es la más distinguida y citada, sin perjuicio de ser criticada abiertamente también.³² Si bien HOLMES Y HOLMES no indican mantener influencia alguna sobre la tipología de DOUGLAS *et al.*, «*su modelo puede ser entendido como una división de la continuación de la tipología organizado/desorganizado*».³³

³⁰ HOLMES & HOLMES. 2010, p. 59. Establecen que los nombres de los asesinos entrevistados nunca han salido a la luz, concluyen que las etiquetas «*organizado*» y «*desorganizado*» hoy en día se refieren a escenas del crimen, más que al actor.

³¹ *Ibid.*, p. 53.

³² Por ejemplo, HICKEY establece que los perfiles de HOLMES & HOLMES se basan en asumir detalles específicos acerca del fenómeno de los asesinos en serie. «Dichas asunciones incluyen la creencia de que los crímenes son casi siempre psicogénicos, es decir, que dicho comportamiento es usualmente estimulado no por demencia o circunstancias económicas sino por recompensas y penas de conducta.» (p. 30). Asimismo, como una segunda asunción envuelve un entendimiento intrínseco de los motivos cuando los motivos son un factor que solo el actor puede apreciar porque existen meramente en su mente. (HICKEY. 2010, p. 30).

³³ CANTER & WENTIK. 2004. p. 4.

La tipología de HOLMES Y HOLMES se enfoca principalmente en la motivación interna del criminal. Los autores hacen una distinción entre los asesinos en serie quienes se enfocan en el acto y aquellos que se enfocan en el proceso. Dividen a los asesinos que se enfocan en el acto en dos categorías: el misionario y el visionario. Asimismo, a aquellos que se enfocan en el proceso en: el hedonista y el maniaco de poder. El misionario y visionario son dos perfiles bastante similares, principalmente porque el actor mata persiguiendo un resultado que cree ser correcto. Aunque no se considera psicóticos a la mayoría de asesinos en serie, los asesinos que creen que voces o visiones le ordenan matar entran en la categoría del visionario.³⁴ Este sufre de un quiebre con la realidad que lo rodea, que varía en el tiempo, frecuencia y duración resultando en comportamientos homicidas.³⁵ Existen varios estudios de casos en los cuales se clasifica a ciertos asesinos como visionarios, uno que se destaca es Herbert Mullin.³⁶ HOLMES

³⁴ MESSORI. 2016. p. 17.

³⁵ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 74. También afirman que en ciertos casos los asesinos visionarios pueden funcionar perfectamente con los confines de la sociedad y seguir las reglas de la cultura (p. 74) y que no tiene una víctima específica, más bien es una selección al azar, asimismo como su método para asesinar es desorganizado y espontáneo (p. 78).

³⁶ Un asesino visionario que destaca es Herbert Mullin, quien en su adolescencia empezó a oír voces, que luego fue atribuido a una esquizofrenia paranoica. Las voces, que progresivamente se hicieron más frecuentes, eventualmente empezaron a venir de extraños, pidiéndole que Mullin los libere de su angustia o dolor (DANISZEWSKA, Agnieszka. *Serial homicide, profiling of victims and offenders for policing*. 2017. p. 50.) resultando en dos asesinatos. Sucesivamente asesinó a once personas más, de manera desordenada e impulsiva. Finalmente, cuando fue aprehendido, confesó a sus crímenes estableciendo que las voces en su cabeza le habían ordenado asesinar para evitar un terremoto. (DOUGLAS, et

Y HOLMES establecen que un asesino visionario no tiene una víctima específica, más bien es una selección al azar, asimismo como su método para asesinar es desorganizado y espontáneo.³⁷ El segundo perfil enfocado en el acto es el asesino misionario, quien tiene como víctimas a personas que considera «*indeseables*».³⁸ Este actor cree que posee una «*misión*» de eliminar a un grupo específico de individuos.³⁹ Los autores del crimen no se rigen solamente por el impulso que lleva a asesinar secuencialmente, sino también por la motivación principal de matar a personas que han sido juzgadas por éste como dignos de ser exterminados.⁴⁰ *Jack el Destripador* es probablemente uno de los asesinos en serie más famosos de la historia y es categorizado por HOLMES Y HOLMES como un asesino misionario dado que por muchos años se creyó que todas sus víctimas fueron prostitutas.⁴¹ Últimamente se ha cuestionado esa teoría culpando a los medios de crearla para apaciguar el pánico que nacía del desconocimiento de su

al., 2006. p. 187).

³⁷ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 78.

³⁸ *Ibid.*, p. 45. Los autores establecen que dichos indeseables son cualquiera que el asesino defina como tal.

³⁹ MESSORI especifica que por lo general son prostitutas, grupos minoritarios u homosexuales (2016. p. 18), mientras que HICKEY agrega que pueden ser también ancianos, niños o un grupo racial/étnico particular (2010. p. 30).

⁴⁰ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 95.

⁴¹ (*Ibid.*, p. 92). Aunque los motivos de *Jack el Destripador* nunca fueron claros, puesto que nunca se descifró la identidad del autor del crimen, los hermanos HOLMES lo encasillan como un asesino misionario y afirman que *Jack el Destripador*, quién adoptó ese nombre por extraer los órganos de sus víctimas, elegía únicamente a prostitutas para asesinarlas. Los autores argumentan que si su selección de víctimas fue intencional y las escogía y mataba por ser «*personas malas*», *Jack* debería ser considerado un asesino misionario (p. 93).

identidad.⁴² Si bien existen varias hipótesis sobre quién realmente fue *Jack el Destripador*, el autor de los crímenes sigue siendo un misterio, por lo tanto tampoco hay conocimiento detrás de su motivación y clasificarlo dentro de una tipología termina siendo imposible.

Los dos perfiles restantes se enfocan más en el proceso que el acto de asesinar como tal. El perfil de los asesinos hedonistas se subdivide en tres categorías según HOLMES: el que asesina por lujuria, el que lo hace por el placer o la emoción de matar y el que lo hace por confort. Los actores que buscan retribución sexual mediante el acto de asesinar crean una conexión entre su gratificación personal y sexual con violencia fatal.⁴³ Jeffrey Dahmer se podría considerar como un ejemplo ideal del asesino lujurioso.⁴⁴ El asesino que mata por lujuria es

⁴² Recientemente se publicó un libro llamado «*The five: the untold lives of the women killed by Jack the Ripper*» (RUBENHOLD, 2019), que establece que las mujeres asesinadas por *Jack el Destripador* no eran prostitutas. La autora señala que la prensa buscó crear un personaje en las víctimas para llenar el vacío que dejaba desconocer la identidad del asesino y eventualmente, la policía también empezó a asumir que cada víctima encontrada en un callejón era una prostituta, asesinada por un maniaco que la atraía con la promesa de sexo (p. 11-12).

⁴³ *Ibid.*, p. 107.

⁴⁴ Dahmer manifestó desde niño señales de maltrato hacia animales, quitándoles la piel y disolviendo sus huesos en ácido, un síntoma del fenómeno que comúnmente conduce a engendrar un asesino en serie. (DANISZEWSKA. 2017. p. 53) Tuvo una infancia turbulenta e inestable, desarrolló un conflicto interno con su homosexualidad y aberrantes fantasías sexuales. Luchó contra la necesidad de hacer daño a otros, pero era estimulado por dichas fantasías y el deseo de aferrarse al control de su vida inculcando control sobre otros. (HICKEY. 2010. p. 114) Dahmer fue arrestado por agresión sexual a un adolescente y estuvo en prisión por dicho acontecimiento, desde

probablemente el que acapara más la atención de los medios de comunicación, posiblemente dado que, para el público general, «*es imposible comprender la conexión que esta persona hace entre los actos salvajes y fatales de violencia y la gratificación personal que conllevan aquellos*». ⁴⁵ Existe bastante similitud entre un asesino lujurioso y uno que mata por emoción según los hermanos HOLMES. En los dos casos, su motivación se concentra en sexualidad y ambos crean una conexión entre asesinar y placer sexual. La diferencia descansa en que el segundo necesita sentir la emoción de mantener a víctima viva mientras satisface sus deseos. ⁴⁶

El tercer perfil dentro de la categoría de asesino hedonista es aquél que mata por confort: su motivación nace de las ganancias anticipadas, que generalmente son dinero o lucros materiales. ⁴⁷ HOLMES Y HOLMES afirman que este individuo tiene

entonces se aseguró de matar a sus víctimas para que no existiera ningún testigo. (LABRODE. 2007. p. 156) Tenía una preferencia por jóvenes afroamericanos o asiáticos, practicaba necrofilia y canibalismo y eventualmente empezó a recolectar «*trofeos*» de sus víctimas, es decir objetos o partes de sus cuerpos. Se alega que los 16 asesinatos que cometió Dahmer « *fueron impulsados por su búsqueda de satisfacción que le era imposible obtener mediante cualquier otro comportamiento*». (DANISZEWSKA. 2017. p. 53).

⁴⁵ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 107.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 124. Los autores indican que el asesino necesita mantener a la persona viva para recibir un sentido de propósito de su asesinato, una vez que ésta muere, el asesino pierde interés y empieza a preparar cómo deshacerse del cadáver (2010. p. 124).

⁴⁷ HOLMES & HOLMES. 2010 p. 139. El objetivo principal de dichos asesinos es disfrutar de la vida, es decir, buscan estar en control de las circunstancias inmediatas que los rodean y tienden a ser asesinos silenciosos. Los autores hacen referencia a la primera edición de HOLMES, Ronald & James DEBURGER. *Serial Murder*. (1988. p. 78).

diferentes motivaciones que el resto de asesinos en serie, puesto que la motivación recae en lo material.⁴⁸ Su selección de víctimas no es aleatoria, escogen a las víctimas que les darán el resultado que buscan y por lo general establecen relaciones personales con estas previo al asesinato.⁴⁹

Finalmente, el último perfil dentro de la tipología de HOLMES Y HOLMES es el maniaco de poder, quien centra su motivación en la necesidad de poder y dominancia. Este tipo de asesino serial «*recibe gratificación cuando cae en cuenta del control que tiene sobre otro ser humano, [...] el control absoluto sobre la vida o muerte de su víctima*».⁵⁰ Los autores señalan que impulsos sexuales pueden surgir de ciertos asesinos categorizados como maniacos de poder, pero no deben ser confundidos como hedonistas porque los primeros perciben el sexo como dolor y humillación para un tercero.⁵¹ El actor por lo general persigue a sus víctimas meticulosamente y escoge un tipo en particular. Douglas Clark es un asesino apegado a ésta tipología, escogía a prostitutas como sus víctimas, no por ser «*personas malas*» como lo hiciera un misionario, sino por la facilidad de subirlas a su vehículo.⁵²

⁴⁸ HOLMES & HOLMES establecen que «no existe una razón patológica más clara para asesinar, la motivación es racional y consciente». (2010. p. 143).

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 143-144.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 153.

⁵¹ *Ibid.*, p. 166. Ted Bundy es la ilustración perfecta de un asesino maniaco de poder según HOLMES & HOLMES. (2010. p. 154).

⁵² *Ibid.*, p. 160.

IV. LAS MUJERES ASESINAS

El entendimiento general de la existencia de asesinas en serie es relativamente nuevo, por lo que el desarrollo de la tipología de HOLMES Y HOLMES nace de elaboradas entrevistas y estudios de caso de más de 100 asesinos, pero «*éstas tipologías fueron hechas originalmente para ser específicamente inclusivas en hombres, puesto que las mujeres asesinas en serie no se creían existentes o, si existían, se creía que eran un fenómeno extraño que estaba al borde de ser estudiado*».⁵³ Tan escasa es la credibilidad de que las mujeres son capaces de ciertos crímenes sexuales violentos, que el caso de una prostituta vinculada al asesinato de siete hombres causó revuelo en los medios de comunicación y la sociedad de Estados Unidos en la década de los noventa. Aileen Wuornos, fue rápidamente catalogada por el FBI como «*la primera asesina en serie de la nación*».⁵⁴ HICKEY expresa que Wuornos fue encasillada como tal porque cumplía con las típicas características del asesino en serie masculino, incluyendo «*abuso sexual y psicológico, el abuso de drogas y alcohol, [...] Aileen era físicamente fuerte y agresiva cuando provocada*».⁵⁵ Wuornos mantenía una relación lésbica y había días donde se prostituía de 25 hasta 30 veces.⁵⁶ Éstos factores y el hecho de que Aileen «*mataba como un hombre*»,⁵⁷ es decir con un arma de fuego, la convirtieron en la asesina en serie más

⁵³ MESSORI. 2016, p. 16; véase ARRIGO, Bruce & Ayanna, GRIFFIN. *Serial murder and the case of Aileen Wuornos: Attachment theory, psychopathy and predatory aggression*. 2004. p. 375.

⁵⁴ HICKEY. 2010. p. 255.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 255.

⁵⁶ ARRIGO & GRIFFIN. 2004. p. 385.

⁵⁷ HICKEY. 2010. p. 255.

conocida por el público general. HICKEY expresa acertadamente que es hora de «*movernos más allá de comparar mujeres con hombres y comparar mujeres con mujeres*». ⁵⁸

Las mujeres logran mantenerse en libertad por periodos de tiempo más extensos que los hombres, incluso ciertos autores afirman que es casi el doble que la contraparte masculina. ⁵⁹ La probabilidad de mantenerse en libertad e incluso de nunca ser descubierta, se debe a «*las armas o métodos que escogen [las mujeres], una selección generalmente cuidadosa de las víctimas y su manera metódica de planear, combinado con la creencia social que niega la probabilidad de una asesina mujer*». ⁶⁰ HICKEY establece que un tercio de todas las asesinas en serie de las que se tiene registro empezaron a matar desde 1970. Explica que durante la década de los setenta existió un movimiento revolucionario de liberación femenina en Estados Unidos, con el cuál surge de la mano una nueva percepción que visualiza la existencia de criminales femeninos, ⁶¹ asimismo como alienta a las mujeres a ser más como los hombres en todos los ámbitos

⁵⁸ *Ibid.*, p. 255.

⁵⁹ KELLEHER & KELLEHER. 1998. p. 9. En un estudio, por ejemplo, se concluyó en su estudio que las mujeres asesinaron por 9.2 años antes de ser aprehendidas (HOLMES, Stephen., Eric, HICKEY. y Ronald, HOLMES. *Female serial murderers: Constructing differentiating typologies*, 1991, p. 248).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 9. KELLEHER & KELLEHER, indican que esto hace que éste criminal sea más exitoso que el asesino en serie masculino (1998, p. 9).

⁶¹ HICKEY. 2010. p. 253. El autor también indica que, en el pasado, la probabilidad que una mujer cometa un crimen estaba vinculado con cambios hormonales, menstruación, maternidad, entre otros y recientemente se han empezado a considerar influencias de orden social relacionadas con mujeres y el crimen (p. 269).

sociales.⁶² El fenómeno de la asesina serial ha sido ignorado tanto como por autoridades criminales y la sociedad como tal,⁶³ consecuentemente se conoce menos sobre las asesinas en serie, ya sea su manera de actuar o motivación, que de un asesino serial. Además, el número de mujeres que cometen homicidios es bajo en comparación con el número de hombres que lo hacen.⁶⁴

Por su parte, HOLMES Y HOLMES establecen que la mayoría de mujeres que cometen homicidio lo hacen por relaciones personales infelices y «*por lo general la mujer que comete dicho crimen mata a alguien que conoce, habitualmente dentro de su propio hogar*».⁶⁵ Aunque éste tipo de crimen doméstico es relativamente habitual, una vez que se discute a la mujer como un asesino serial se adentra a un territorio poco común.⁶⁶ Se llega a un consenso de que la asesina serial generalmente no es motivada por razones sexuales⁶⁷ y raramente se involucran en homicidios sexuales.⁶⁸ Garrido incluso se atreve a señalar que

⁶² HOLMES & HOLMES. 2010. p. 172.

⁶³ SCHURMAN-KAUFLIN. 2010, p. 12.

⁶⁴ HICKEY. 2010. p. 253. Dicho autor posteriormente revisa 61 casos de mujeres, constituyendo aproximadamente el 15% de los asesinos en serie que forman parte de su estudio (*Ibid.*, p. 256). Dentro de los casos investigados el 69% actuaba por cuenta propia mientras el 31% restante actuaba acompañada de terceros, acumulando conjuntamente entre 410 y 628 víctimas (p. 256).

⁶⁵ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 171. Los autores establecen dicho sobre la mayoría de las mujeres que han cometido un homicidio y no necesariamente sobre asesinas seriales.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁸ KELLEHER & KELLEHER, lo contrastan con el asesino serial hombre, que por lo general está involucrado en crímenes sexuales (1998, p. 9).

«la excepción es cuando actúa en complicidad con un hombre».⁶⁹ Consecuentemente, en los primeros estudios sobre este tipo de criminales, se enfocaba el motivo en dos grupos principales: el lucro y confort.

V. TIPOLOGÍAS FEMENINAS EXISTENTES

Si bien HOLMES Y HOLMES introdujeron también la primera tipología femenina ésta se basa en sus estudios previos sobre criminales hombres y ha sido modificada desde su creación. KELLEHER Y KELLEHER desarrollan una tipología completamente nueva fundada solo en mujeres. En ella, establecen que la asesina serial es más letal y determinada que los hombres, y que constan con una motivación más compleja.⁷⁰ Establecen que la categorización es subjetiva y asimismo dejan abierto a debate su método de categorización.⁷¹ Los autores dividen a las asesinas en serie en una categorización de nueve puntos.⁷² Cinco de

⁶⁹ GARRIDO, Vicente. *La mente criminal*. 2013. p. 281.

⁷⁰ HOLMES, Ronald & HOLMES Stephen. 2009. *Sex crimes, patterns and behavior*. p. 167. Si bien KELLEHER & KELLEHER establecen dicho argumento (1998); HOLMES & HOLMES lo critican en estudios posteriores (p. 167).

⁷¹ KELLEHER & KELLEHER. 1998. p. 18.

⁷² *Ibid.*, p. 14. , Dicha clasificación es desarrollada en base a un espectro amplio de dos categorías: las mujeres que actúan por su cuenta y aquellas que lo hacen en asociación con uno o más perpetradores. Los autores manifiestan que aquellas que operan en un ambiente con más actores muestran características ampliamente diversas de quienes asesinan solas. Igualmente afirman que «segregar a las mujeres asesinas en dos categorías es muy amplio para que sea de uso práctico al momento de analizar la motivación». (1998. p. 14) Por lo tanto, concluyen en la tipología de perfiles más extensa hasta el día de hoy.

sus perfiles se basan en la categorización previa de HOLMES Y HOLMES y agregan cuatro puntos adicionales. Los autores optan por nombrar las categorías de una manera que, hoy en día, pudiera considerarse un tanto sexista.

KELLEHER Y KELLEHER abren su tipología de perfiles con la *viuda negra*, establecen que es el arquetipo del asesino organizado y exitoso.⁷³ «*La viuda negra*» es definida como «*una mujer que sistemáticamente asesina múltiples esposos, parejas, familiares o individuos fuera de su familia con los que mantiene una relación personal*».⁷⁴ Su motivo principal para asesinar es por lo general el lucro, siendo una de las asesinas más comunes. El segundo punto en la tipología es el «*ángel de la muerte*»: aquellos casos donde el actor sistemáticamente «*ataca a los débiles e indefensos que han sido involuntariamente puestos bajo su cuidado y dependen de ella*»,⁷⁵ cometiendo el delito casi exclusivamente dentro de instituciones que cuidan de los necesitados, como hospitales o asilos de adultos mayores.⁷⁶

⁷³ *Ibid.*, p. 27. Los autores también establecen que típicamente es inteligente, manipuladora y sus crímenes se cometen en largos periodos de tiempo hasta que el número de víctimas sea significativo o las muertes cercanas a ellas ya no puedan ser consideradas coincidencias. (pp. 27-28).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 86. También resaltan que dicho perfil no es exclusivo para mujeres, puesto que hay casos en los cuales hombres asesinan a sus víctimas dentro del rol de cuidador o enfermero (p. 86).

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 86-87. Desarrollan que las víctimas constan con dos características que los hacen especialmente atractivos para esta asesina: son incapaces de protegerse de cualquier ataque físico y creen que el asesino es una persona preocupada y que representa apoyo (p. 87).

«*Depredadoras sexuales*», es el nombre que los autores escogen para un perfil que luego llegaría a conocerse popularmente como «*hedonista*». ⁷⁷ Siendo menos común sobre todo porque la asesina trabaja sola, ⁷⁸ y explican que es imposible conocer si la información recolectada respecto a hombres que asesinan con motivos sexuales es aplicable a este perfil. La quinta categoría es denominada «*venganza*». ⁷⁹ Las víctimas tienden a ser personas con las que la asesina ha tenido, o tiene, algún tipo de relación personal y son culpadas por un hecho que el actor considera imperdonable. ⁸⁰ El siguiente perfil es denominado «*asesinas por lucros o crimen*», los autores creen necesario separarlo de la «*viuda negra*» porque exhiben características que las diferencian, tales como: que los asesinatos son específicamente para lucrarse y que la asesina no se enfoca en los individuos de su familia como víctimas. ⁸¹ El séptimo perfil hace referencia a los asesinatos grupales y los divide en tres subcategorías basadas en género. ⁸² Argumentan que por más que un miembro no

⁷⁷ HOLMES & HOLMES introducen el término dentro de su tipología femenina. (2010. p. 179).

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 105 y ss. Explica que es más común una mujer involucrada en crímenes sexuales si tiene una pareja hombre, también inclinado a asesinatos sexuales. (p. 105).

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 121 y ss. Los autores acertadamente expresan que una asesina en serie motivada por venganza es una ocurrencia extraña, puesto que una característica de los asesinatos en serie es la de espaciar sus asesinatos entre periodos de tiempo.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 122. Los autores señalan similitudes entre este perfil y el de la «*viuda negra*» especialmente en los métodos y armas utilizadas para asesinar. (p. 123).

⁸¹ *Ibid.*, p. 131.

⁸² *Ibid.*, p. 152. Los autores hacen mención de una subcategorización que se divide en: equipo de hombre/mujer, equipo de mujeres y equipo de familias.

asesine personalmente, si participa en la actividad homicida es considerado un asesino grupal.⁸³ La tipología de KELLEHER Y KELLEHER concluye con tres perfiles más que atienden cuestiones de inimputabilidad, los casos inexplicados y los que aún no han sido resueltos respectivamente.⁸⁴ Es decir, los autores dispusieron diferentes categorías para ubicar en ellas los casos que no encajaban dentro de ningún modelo específico.

HOLMES Y HOLMES abiertamente critican la tipología anterior y defienden la suya, visiblemente fundamentada en su perfilación principal.⁸⁵ Previamente discuten sobre la movilidad espacial del actor, estableciendo que *«inicialmente a los asesinos en serie se los puede distinguir de acuerdo a su movilidad geográfica»*.⁸⁶ Los asesinos en serie hombres parecen estar divididos de igual manera entre transitorios y estables al contrario de las mujeres que recaen casi exclusivamente en la categoría de geográficamente estables.⁸⁷ HICKEY añade que *«casi sin excepción, las mujeres asesinas no viajaron más de un estado [dentro de Estados Unidos] buscando a sus víctimas»*.⁸⁸

⁸³ *Ibid.*, p. 152.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 152; p. 234; p. 274.

⁸⁵ HOLMES & HOLMES. 2009. p. 167. Los autores hacen referencia a la primera edición de *Serial Murder*. 1998.

⁸⁶ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 175. Desde esta perspectiva se destaca que los asesinos tienden a ser geográficamente estables, es decir que residen en una locación y buscan a sus víctimas en áreas cercanas, o geográficamente transitorios, siendo estos quienes viajan frecuentemente durante sus períodos de asesinatos. (p.175).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 175.

⁸⁸ HOLMES, S., HICKEY. & R. HOLMES. 1991, p. 248.

La tipología creada por los hermanos HOLMES para asesinas seriales solamente separa una categorización principal, agregando además una nueva. Ellos dividen esta tipología en cinco puntos: visionario, confort, hedonista, maniaco de poder y finalmente el discípulo.⁸⁹ La estructura del visionario para mujeres no varía mucho con el perfil del mismo nombre centrado en hombres. Los autores alegan que la mayoría de las asesinas dentro de esta categoría se las puede considerar como psicóticas.⁹⁰ La asesina tiene un quiebre con la realidad que la rodea, que puede manifestarse como apariciones o alucinaciones, incluso creer que habla con Dios o el diablo, y en dicho caso los ataques tienden a ser espontáneos.⁹¹

El segundo perfil de la tipología femenina de HOLMES Y HOLMES es la asesina por confort. Como fue establecido anteriormente, la motivación principal es el lucro: Busca asesinar a personas con quién mantiene, o crea, relaciones personales y de quienes puede obtener recompensas.⁹² Varios autores concurren que comúnmente las mujeres que son asesinas en serie matan por

⁸⁹ *Ibid.*, p. 176.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 176. En este sentido, añade HICKEY que «a pesar de ser menos en números, las asesinas en serie exhiben características psicopáticas y pueden ser tan letales como la contraparte masculina» (2010. p. 273).

⁹¹ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 177. «*El diablo me obligó a hacerlo*» fueron las palabras de Martha Wise durante su juicio en 1925. Wise es un ejemplo de una asesina visionaria. Se enamoró de un hombre joven a sus 40 años, luego de quedar viuda, lo que causó que su familia se opusiera. Consecuentemente envenenó con arsénico a toda su familia, logrando asesinar exitosamente a su madre y dos de sus tíos. (p. 177).

⁹² *Ibid.*, p. 177.

razones de confort.⁹³ Un alto porcentaje de los casos estudiados han sido incitados por diferentes recompensas, especialmente dinero. Amy Archer-Gillian fue una asesina por confort, quien manejó una residencia para adultos mayores por 14 años, en los cuales asesinó al menos 27 hombres y mujeres al envenenarlos para luego recolectar sus seguros o herencias.⁹⁴

Al igual que en su categorización principal, HOLMES Y HOLMES establecen un perfil llamado el maniaco de poder. Los autores establecen que estas asesinas buscan establecer poder y dominancia sobre sus víctimas, pero aun así el perfil femenino difiere de su tipología principal.⁹⁵ Hacen referencia a varias asesinas que trabajaban cuidando de adultos mayores o niños y el caso más común dentro de esta categoría son las enfermeras.⁹⁶

⁹³ HOLMES, S., HICKEY. & R. HOLMES. Lo establecen en *Female serial murderers: Constructing differentiating typologies*. (1994. p. 248), asimismo como HOLMES & HOLMES, nuevamente en *Serial Murder*. (2010. p. 177).

⁹⁴ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 177. Amy Archer-Gillian contrajo matrimonio con cinco de los adultos mayores bajo su cuidado, previamente asegurándolos por sumas de dinero elevadas. También ayudaba a reescribir los testamentos de ancianas para luego asesinarlas y recolectar la herencia. De igual manera que Amy Archer-Gillian, se pueden encontrar un número significativo de mujeres que encajan en este perfil como Anna Hahn, que asesinó a cinco adultos mayores; Rhonda Belle Martin quien mató a su madre, dos esposos y tres hijos o Janice Gibbs que asesinó a su esposo, tres hijos y un nieto, todas ellas motivadas por dinero (2010. pp. 177-178).

⁹⁵ *Ibid.*, p. 179. Los autores establecen al maniaco de poder hombre como un asesino que caza a sus víctimas, (p. 160) mientras que las asesinas maniacas de poder generalmente escogen a sus víctimas de personas que tienen bajo su cuidado (p. 179).

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 179-180. Una de ellas es Genene Jones, una enfermera

HOLMES Y HOLMES explican que el perfil femenino hedonista es probablemente «*el menos entendido y representado*»,⁹⁷ sin embargo, existen ciertas mujeres que encajan en él. Los autores resaltan dos casos de asesinas hedonistas: Carol Bundy y Karla Homolka. Bundy asesinó a su anterior pareja y varias mujeres junto a Douglas Clark.⁹⁸ Ambos secuestraban, asesinaban e incluso decapitaban a mujeres, guardando sus cabezas en refrigeradores para posteriormente usarlas en actos sexuales.⁹⁹ Homolka, por otro lado, asesinó a su propia hermana para que su esposo, Paul Bernardo, la violara. Ambos casos hedonistas que proveen HOLMES Y HOLMES tienen en común que los asesinatos eran cometidos junto a un tercero.

Concluyen su tipología femenina con un quinto y nuevo perfil llamado el discípulo. Establecen que «*ciertas mujeres tienden a asesinar cuando están bajo la influencia de un líder carismático y su retribución es psicológica*».¹⁰⁰ Innegablemente, el caso más conocido de mujeres que recaen en el perfil de discípulo son las seguidoras de Charles Manson. Igualmente, los autores hacen referencia a varios casos de mujeres que asesinaban

pediatra, que se cree que asesinó hasta 16 niños. Los hermanos HOLMES indican que ciertas asesinas enfermaban a niños para luego cuidarlos y curarlos. Los actores por lo general reciben apreciación de parte de los familiares de sus víctimas (p. 180).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 179. HOLMES & HOLMES. enfatizan que las motivaciones de estas criminales parecen ser intrínsecas a su personalidad y las ganancias anticipadas meramente psicológicas (2010. p. 179).

⁹⁸ Mencionado previamente bajo la categorización «*maniaco de poder*» de HOLMES & HOLMES.

⁹⁹ HOLMES & HOLMES. 2010. pp. 179 y ss.

¹⁰⁰ HOLMES & HOLMES. 2010, p. 181.

junto a su pareja.¹⁰¹ Señalan que: «*las relaciones personales aparentan facilitar la violencia en ciertos casos. [...] Las fantasías compartidas que involucran violencia y experimentación sexual parecen estimular a ciertas parejas a consumarlas*».¹⁰²

Los autores evaden una explicación del por qué en su primera tipología, el asesino en serie hedonista consta con la subdivisión de confort y en la tipología enfocada en mujeres, son dos categorías ampliamente apartadas.¹⁰³ Asimismo, fallan en crear una diferenciación entre los roles de poder de los partícipes en asesinatos grupales. ¿Es lo mismo una mujer que asesina cegada por un líder, ya sea un culto, a una que lo hace junto a su pareja? ¿Pueden entrar en la misma categoría denominada «discípulo»? Al establecer solamente un perfil grupal como el «discípulo» encasillan erróneamente a las mujeres que asesinan junto a un tercero sin ser subordinadas u obligadas. Esta diferenciación evitaría contradicciones como la de Martha Beck, a quién HOLMES Y HOLMES establecen dentro de la categoría de

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 181-182. Judy Neeley y su pareja secuestraban, abusaban, violaban y asesinaban a sus víctimas. Charlene Williams formaba parte de los actos basados en las fantasías sexuales de su esposo, asesinando por lo menos a nueve niñas. El autor también hace referencia a Debra Brown quien mantenía una relación violenta con su esposo Alton Coleman, que luego fue reflejada en sus asesinatos, se cree que mató hasta a ocho personas junto a su esposo. (2010. pp. 181-182).

¹⁰² *Ibid.*, p. 182.

¹⁰³ Es decir, en el caso de la tipología general, los asesinos por confort son una de las subcategorías del hedonista, mientras que, en la femenina, la misma categoría de confort ya no forma parte de la hedonista sino una completamente independiente, pese a contener los mismos elementos.

discípulo,¹⁰⁴ cuando HICKEY, por el contrario, establece que Beck dominaba la relación asesina y mantenía el rol de poder.¹⁰⁵

TULLY y SMITH-INGLIS recientemente han creado una nueva tipología y critican que los estudios anteriores enfocados en mujeres constan con limitaciones notables y también destacan que HOLMES Y HOLMES fallan en reconocer el impacto de enfermedades mentales en asesinas seriales.¹⁰⁶ Aseguran que las mujeres son más propensas a cometer asesinatos en la presencia de un tercero y por lo tanto se debe establecer un perfil enfocado en influencia grupal.¹⁰⁷ TULLY y SMITH-INGLIS desarrollan una tipología de cinco categorías: la primera siendo «*el punto de quiebre*», la cual manifiesta que la asesina posee desórdenes de personalidad y que la combinación de dichos con alguna experiencia traumática puede causar emociones negativas que la lleven a un punto de quiebre y asesinar.¹⁰⁸ El segundo perfil

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 181. Marta Beck y su pareja Ray Fernandez publicaron que buscaban de compañía femenina en una revista, a lo que respondieron aproximadamente 20 mujeres. Martha posaba como la hermana de Ray mientras él creaba relaciones con las víctimas, para facilitar robos que eventualmente se convirtieron en asesinatos. Martha era celosa de sus propias víctimas y propensa a la violencia tanto con su pareja como sus víctimas. Los métodos de Beck y Ray para asesinar incluían disparar, envenenar, ahogar y estrangular a las víctimas Llegó a ahogar a un niño de dos años, mientras Ray asesinaba a la madre, crimen por el cual los descubrieron (KELLEHER & KELLEHER. 1998. pp. 168 y ss.).

¹⁰⁵ HICKEY, 2010. p. 227.

¹⁰⁶ TULLY, Tracy & Melissa SMITH-INGLIS. *Female serial killers: motives, case studies and a new typology*. 2018. p. 48.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 48.

tiene el nombre de «*cuidadora asesina*»,¹⁰⁹ y establece que esta asesina en particular es responsable por cuidar a un individuo que lo necesita. El actor crea un rol de poder al cuidar al vulnerable y se puntualiza que debe ser en un ambiente fuera de un hospital o una relación paciente-doctor.¹¹⁰ El tercer perfil se titula «*cómplice asesina*»,¹¹¹ las autoras mencionan que es quién asesina en presencia de otro y hacen énfasis en que generalmente el tercero es un hombre. «*Éstas mujeres son fácilmente influenciadas por otros y frecuentemente buscan la aprobación de su contraparte masculina [...] reiteradamente se encuentran en un rol subordinado*». ¹¹² Su cuarta categorización es el «*médico asesina*»,¹¹³ que es considerablemente similar al *cuidadora asesina* pero se diferencia en que la primera trabaja en un hospital o en una posición que le permite imponer poder sobre su víctima.¹¹⁴ Finalmente, el último perfil es el de «*asesina depredadora*»,¹¹⁵ aquella que planifica y premedita sus homicidios. Las autoras establecen que por lo general dichas asesinas tienen desórdenes mentales y manifiestan un sentido elevado de sí mismas. Esto contribuye a su tendencia violenta y la facilidad de asesinar.¹¹⁶

¹⁰⁹ Es necesario recalcar que para algunos de los términos introducidos por TULLY & SMITH-INGLIS, no se logró encontrar una traducción precisa al español. «Cuidadora asesina» es la traducción más similar al término original en inglés: «*murdering caregiver*» (*Ibid.*, p. 48).

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 48.

¹¹¹ Traducido al español del término original: «*killer accomplice*» (*Ibid.*, p. 48).

¹¹² *Ibid.*, p. 48.

¹¹³ Traducido al español del término original: «*medical murderer*» (*Ibid.*, p. 48).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁵ Traducido al español del término original: «*predatory killer*» (*Ibid.*, p. 48).

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 48.

Existen varios puntos en la tipología de TULLY y SMITH-INGLIS que resaltar, asimismo como algunos que criticar. Si bien es cierto, pocas de las tipologías anteriores a su estudio hacen referencia a desórdenes mentales y si la hacen son indiscutiblemente limitadas, como en el caso del visionario de HOLMES Y HOLMES, o muy abiertas, como cuestión de inimputabilidad de KELLEHER Y KELLEHER. TULLY y SMITH-INGLIS hacen una separación posiblemente innecesaria con los perfiles de «*médico asesina*» y «*cuidadora asesina*». Ambos perfiles constan con las mismas características y lo único que los separa es la posición profesional médica. Si bien es cierto, el número de asesinas en una posición de poder por ser profesionales de la salud es uno de los más altos, su diferenciación tiende a ser superflua por la similitud de características existentes. Estos perfiles encajarían como uno como lo hace el «*maniaco de poder*» de HOLMES Y HOLMES y el «*ángel de la muerte*» de KELLEHER Y KELLEHER. Asimismo, las autoras dejan de lado ciertas categorizaciones que indudablemente existen, como el confort.

TULLY y SMITH-INGLIS proponen la categorización de *cómplice asesina* estableciendo que existe una necesidad de implantar una tipología que haga referencia a la influencia grupal en una mujer asesina. Dichas autoras afirman que esta asesina en particular generalmente se encuentra en un rol subordinado, lo que coincidiría con el perfil de discípulo de HOLMES Y HOLMES si este se enfocara meramente en subordinación, pero ellos proponen como discípulos también a mujeres que asesinaban junto a sus parejas en una dinámica de igualdad de poder. Por ello es necesario hacer una diferenciación entre la jerarquía de poder y la igualdad de poderes en asesinos grupales, lo cual tanto HOLMES Y HOLMES, como TULLY y SMITH-INGLIS fallan en hacer; por lo que sus categorías de «*discípulo*» y «*cómplice asesina*», respectivamente, constan con vacíos.

VI. PROPUESTA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA FEMENINA

Las tipologías femeninas discutidas anteriormente constan con información relevante pero también recaen en ciertas falencias, por lo tanto, se genera una necesidad de agrupar las teorías en una tipología que reúna todos los factores sustanciales que establecen los varios autores. De igual manera se busca eliminar elementos y perfiles redundantes, además de agregar puntos nuevos que son considerados como necesarios. Por lo tanto, el presente estudio busca establecer una tipología de asesinas seriales inclusiva, basada en las discutidas previamente y agregar nuevas subcategorizaciones asimismo como una diferenciación de roles de poder dentro del perfil de asesinos grupales.

La nueva tipología femenina incluye cinco perfiles: confort, psicoasesinas, hedonista, maniaco de poder y asesinos grupales, tres de ellos contando con una subcategorización propia. El primer perfil es denominado confort. Se encasilla a una asesina serial cuando ésta mata con finalidad de lucrar. De igual manera que «*la viuda negra*», es una asesina organizada y busca como víctimas a personas con quién mantiene relaciones personales y de quienes puede obtener recompensas.¹¹⁷ Dorothea Puente es probablemente el caso más conocido de una asesina por confort. Luego de tratar de vivir de la prostitución, abrió una residencia que le dio la oportunidad perfecta para escoger a sus víctimas.¹¹⁸ Su método de preferencia era por envenenamiento y asesinó al menos a nueve residentes en seis años,¹¹⁹ hasta que fue arrestada en

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 177.

¹¹⁸ TULLY & SMITH-INGLIS. 2018. p. 47.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 47.

1988 por asesinar a adultos mayores para luego recolectar cheques del seguro social.¹²⁰ Se cree preciso agregar una diferenciación a los perfiles ya existentes de la asesina por confort.¹²¹ Si bien la mayoría tiene una motivación monetaria detrás, existió una mujer que encaja en este perfil pero su motivación no era material. Erzsébet Báthory, una condesa húngara del siglo XV es una de las asesinas más famosas de la historia y con el tiempo su vida se ha convertido en una leyenda, popularizándola como una vampiresa. Es difícil concretar que partes de la vida de Báthory fueron reales y cuáles se han distorsionado con el pasar de los años,¹²² pero lo que se analiza en ella es la imagen de una mujer obsesionada con la vanidad. Se cree que torturó y asesinó a cientos de mujeres para bañarse en su sangre y así mantenerse joven.¹²³ El motivo para asesinar de la condesa era alimentado por su propia vanidad y buscaba obtener una recompensa personal por las muertes, por lo que puede considerarse una asesina por confort.

¹²⁰ HICKEY. 2010. p. 30.

¹²¹ Estos siendo: «*la viuda negra*» de KELLEHER & KELLEHER y «*confort*» de HOLMES & HOLMES.

¹²² BLEDSAW, Rachael. *No blood in the water: Ehe legal and gender conspiracies against countess elizabeth bathory in historical context*, 2014. pp. 158-159. Existen varias teorías de conspiración que establecen que Báthory fue condenada meramente por ser una mujer poderosa y una amenaza a la Casa de Habsburgo, y que todas las historias sobre ella son leyendas creadas a partir de esta amenaza. BLEDSAW argumenta que lo anterior es falso y que la condesa fue investigada porque existía suficiente evidencia criminal en su contra, tanta que incluso su posición social no la pudo proteger.

Es ambiguo entablar que es real y que no sobre lo que se conoce de la vida de la condesa Báthory, puesto que existen varias teorías que se contradicen. Para propósitos del ensayo se analiza la imagen popular conocida sobre ella.

¹²³ HICKEY. 2010. p. 41.

El segundo perfil es el de psicoasesina,¹²⁴ el cual hace referencia a problemas de personalidad o trastornos mentales, el cual es dividido en dos subcategorías: la incapacidad psicológica y el punto de quiebre. Dentro de la incapacidad psicológica entraría el perfil de visionario de HOLMES Y HOLMES, donde existe un quiebre con la realidad y la mayoría de estas asesinas son consideradas psicóticas.¹²⁵ Por otro lado, el punto de quiebre hace referencia a TULLY y SMITH-INGLIS, quienes establecen que la asesina posee desórdenes de personalidad y aquellos, combinados con una experiencia traumática puede causar emociones negativas que la lleven hasta un punto de quiebre.¹²⁶

El tercer perfil es el hedonista. HOLMES Y HOLMES argumentan que la asesina en serie hedonista es la menos entendida,¹²⁷ porque no se conoce suficiente información de casos para concretar rasgos particulares ni entender la motivación detrás de sus actos. HICKEY concuerda en su estudio que las mujeres *«por lo general no estaban involucradas sexualmente con sus víctimas, ni las asesinan con métodos particularmente violentos»*,¹²⁸ sin embargo existen excepciones lo cual genera una necesidad para esta categorización. La mayoría de las mujeres que hoy en día pueden ser determinadas como asesinas hedonistas también encajan en el perfil de asesinos grupales puesto que actuaban,

¹²⁴ El término proviene del elemento compositivo de origen griego *«psico»*, en referencia a la actividad mental. Precisamente por la referencia a los factores psiquiátricos a los que hacen referencia esta tipología.

¹²⁵ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 177.

¹²⁶ TULLY & SMITH-INGLIS. 2018. p. 47.

¹²⁷ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 179.

¹²⁸ HICKEY. 2010. p. 269.

por lo general, junto a su pareja.¹²⁹ No obstante, mujeres como Carol Bundy¹³⁰, Rosemary West¹³¹ y Karla Homolka¹³² sobresalen debido a su estimulación por el sadismo y participación sexual activa con sus víctimas.

En la cuarta categoría se encuentra el maniaco de poder. Las asesinas categorizadas como tal centran su motivación en poder y dominancia. Este perfil es desarrollado en base al de HOLMES Y HOLMES, pero se lo subcategoriza en: cazadores y merodeadores.¹³³ Si bien es cierto, el perfil de cazadores aplica

¹²⁹ Se debe diferenciar del perfil de discípulo de HOLMES & HOLMES porque son partícipes activos sin estar sometidas u obligadas y lo que se rescata de asesina hedonista, por más que actué acompañada, es su motivación sexual.

¹³⁰ La motivación de Bundy parece provenir de la búsqueda de placer personal y sexual. (HOLMES, S., HICKEY y R. HOLMES. 1991. p. 252).

¹³¹ Rosemary West y su esposo Fred West asesinaron en conjunto a trece mujeres en Inglaterra durante la década de los setenta. Rosemary asesinó por lo menos a una de ellas bajo cuenta propia, pero siempre participó activamente en actos sexuales con las víctimas. TULLY & SMITH-INGLIS establecen que varias de las mujeres que son cómplices en asesinatos grupales como los cometidos por Rosemary y Fred West son coercidas a participar (2018, p. 47). En el caso particular de Rosemary West, ella manifestaba características similares a las de un depredador sexual.

¹³² HOLMES & HOLMES establecen a tanto Bundy como Homolka dentro del perfil de asesina hedonista (2010, p. 179). Asimismo, encasillan a Aileen Wuornos como una asesina motivada por lujuria (2009, p. 167), quien es determinada en el presente ensayo como maniaca de poder.

¹³³ HARRISON, HUGHES y GOTT proveen una separación entre asesinos y asesinas seriales. Los autores hacen una comparación directa entre los actores y concluyen que los asesinos en serie actúan generalmente como «cazadores» y las asesinas como «recolectores» en referencia a sus víctimas (HARRISON, Marissa. Susan HUGHES & Adam, GOTT.

por lo general a hombres. Los cazadores buscan y escogen a un tipo particular de víctima. Aileen Wuornos es un caso de estudio atípico, que podría ser encasillada en varios perfiles dependiendo del autor,¹³⁴ pero el presente estudio considera a Wuornos como una asesina cazadora dentro del perfil maniaco de poder. HICKEY establece que Wuornos «*puede encajar en perfil del típico asesino en serie masculino, porque buscaba hombres desconocidos, los asesinaba [con un arma de fuego] y era cuidadosa en no dejar mucha evidencia detrás. Sus víctimas eran cuidadosamente escogidas ya que buscaba hombres con vehículos más costosos*».¹³⁵

Sex differences in serial killers. 2019. p. 1). Es decir, los hombres por lo general acosan y buscan a sus víctimas mientras las mujeres asesinan a quienes se encuentran alrededor y son familiares a ellas, recolectando víctimas y lucrando de dichas (p.2-3). Si bien el uso de los términos cazadores y recolectores no es utilizado por HOLMES & HOLMES., los autores concurren que las víctimas de las mujeres asesinas son por lo general conocidas, la asesina tiene contacto con dichas y su posición hace que la víctima esté disponible para matar (HOLMES & HOLMES. 2010. p.76). JIMENEZ, J., analiza a profundidad el perfil geográfico y señala que Kim Rossmo estableció una clasificación en función del comportamiento geográfico para buscar víctimas que incluye: cazador, cazador furtivo, pescador y trampero. (ROSSMO, K. *Geographic Profiling: Target patterns of serial murderers.* 1995. pp. 201 y ss.). JIMENEZ, J, resalta que el perfil geográfico se ha desarrollado usando diferentes conocimientos aportados por la criminología ambiental y los sistemas de información geográfica. (*Manual práctico del perfil criminológico. Criminal Profiling.* 2010. pp. 165 y ss.) Si bien, la tipología del presente ensayo no se basa en el perfil geográfico, cabe recalcar que dicho fue en primero en aportar a la diferenciación entre asesinos que buscan a sus víctimas como cazadores y quiénes no lo hacen.

¹³⁴ HOLMES & HOLMES. establecen a Wuornos como una asesina motivada por lujuria (2009. p. 167) al contrario, TULLY & SMITH-INGLIS la encasillan dentro del perfil punto de quiebre. (2018. p. 48).

¹³⁵ HICKEY. 2010. p. 261.

El autor también afirma que si Wuornos hubiera utilizado veneno para asesinar hombres nunca hubiera recibido la distinción de «*la primera asesina en serie mujer de la nación*». ¹³⁶

Las asesinas categorizadas como merodeadores son aquellas que están en una posición de poder o control sobre un tercero por periodos prolongados de tiempo. Generalmente tienen bajo su cuidado a la víctima y carecen del estereotípico elemento de violencia, son asesinas silenciosas. ¹³⁷ En esta subcategoría encajan tanto el «*ángel de la muerte*» de KELLEHER Y KELLEHER como la «*asesina cuidadora*» y «*médico asesina*» de TULLY y SMITH-INGLIS. La asesina está obsesionada con controlar la vida de quienes dependen de ella, ¹³⁸ y por lo general son niños o adultos mayores. Varios autores concurren que en diversas ocasiones el comportamiento de este tipo de asesinas puede explicarse debido al trastorno facticio infligido a otro, ¹³⁹ un trastorno definido como «*la falsificación de signos o síntomas físicos o psicológicos, o inducción de lesión o enfermedad, en otro, asociada a un engaño identificado*». ¹⁴⁰ HOLMES Y HOLMES indican que, «*algunas asesinas envenenan a sus víctimas repetidamente y los curan cada vez. Eventualmente el paciente morirá y el actor, usualmente*

¹³⁶ *Ibid.*, p. 256.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 176.

¹³⁸ KELLEHER & KELLEHER. 1998. p. 87.

¹³⁹ Previamente el «trastorno facticio infligido a otro» era conocido como el «síndrome de Münchhausen por poder» y tanto los autores KELLEHER & KELLEHER (1998. p. 87), HOLMES & HOLMES (2010. p. 179) y HICKEY (2010. p. 172) lo mencionan por su antiguo nombre.

¹⁴⁰ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. 2013, p. 185.

*una enfermera, escoge a otra víctima».*¹⁴¹ Jane Toppan fue una enfermera que admitió asesinar a más de 30 víctimas después de estudiar para ser enfermera,¹⁴² pero se cree que asesinó entre 70 y 100 víctimas.¹⁴³

Finalmente, el último perfil de la presente tipología es el de asesinos grupales. Es necesario entablar una subcategorización enfocada en roles de poder, factor que previas tipologías ignoran. El perfil de asesinos grupales se divide en: jerarquía de poder e igualdad de poderes. Cuando existe jerarquía de poder se puede remitir a los perfiles de *cómplice asesina* de TULLY y SMITH-INGLIS, asimismo como el *discípulo* de HOLMES Y HOLMES, donde expresan que *«ciertas mujeres asesinan cuando están bajo la influencia de un líder carismático. [...] El hombre líder por lo general escoge a las víctimas, un acto que refleja más lo que el líder desea que sobre quién comete el asesinato».*¹⁴⁴ Por lo general en los casos de jerarquía de poderes la mujer se encuentra en una relación subordinada y estos son más comunes en crímenes de rituales y cultos.¹⁴⁵

¹⁴¹ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 179.

¹⁴² PERRI, Frank. y Terrance LICHTENWALD. *The last frontier: myths and the female psychopathic killer*. 2010. p. 55. También TULLY & SMITH-INGLIS mencionan que Jane Toppan confesó a su abogado la muerte de más de 31 personas y que podrían haber sido hasta 70 víctimas (2018. p. 47).

¹⁴³ HOLMES & HOLMES. 2010. p. 179. Toppan expresó mientras era juzgada *«esta es mi ambición – haber asesinado a más personas – más gente indefensa – que cualquier otra mujer ha matado»* (p. 179).

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 181.

¹⁴⁵ Sara Aldrete estuvo involucrada en un culto de Palo Mayombe, junto a su pareja quién era el líder del culto. Entre ellos asesinaron a varias víctimas como sacrificios humanos, para luego consumirlos e involucrarse en rituales propios del culto (HOLMES & HOLMES., 2010. p. 182).

En el caso de los asesinos grupales, si bien los asesinos pueden entrar –individualmente– en otras de las tipologías, lo importante es la simetría en el poder dentro de dicha relación o estructura. Es decir, tomando nuevamente como ejemplo la relación de Carol Bundy y Douglas Clark, Bundy podría ser catalogada como hedonista y su pareja Clark como un maniaco de poder.¹⁴⁶ La relación de Bundy y Clark es incoherente, puesto que ambos se contradicen sobre quién fue el responsable de los crímenes y quién era simplemente un cómplice.¹⁴⁷ A pesar de que tanto Clark como Bundy se atribuyen la culpa entre ellos,¹⁴⁸ se entiende que mantenían una simetría, o igualdad, de poderes fundada en las descripciones de las acciones que cada uno establece del otro.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 179.

¹⁴⁷ KELLEHER & KELLEHER. 1998. P. 196. Clark incluso sostiene que Bundy creía que era la esposa secreta del notorio asesino Ted Bundy, con el que verdaderamente no sostenía relación alguna. (p. 196).

¹⁴⁸ En una entrevista que Ronald HOLMES sostuvo con Douglas Clark, Clark afirma que en efecto sí era un asesino, pero que «la mente maestra detrás de todos los asesinatos seriales fue su pareja, Bundy» (HOLMES & HOLMES. 2010, p. 159). Sin embargo, Bundy se presentó como testigo cuando Clark fue juzgado, alegando que por más que ella era participe, fue Clark quien escogía a las víctimas y la amenazó con asesinar a sus hijos si lo delataba (HICKEY. 2010, p. 235). De la misma manera, KELLEHER & KELLEHER explican que Bundy eventualmente decidió que no quería seguir siendo participe y empezó a discutir sus asesinatos con terceros, eventualmente entregando a Clark a la policía (1998. p. 199).

VII. CONCLUSIÓN

Es justo establecer que las tipologías de perfiles no son un método exacto, y probablemente no lo serán nunca. Después de lo expuesto en el presente ensayo está claro que hasta cierto punto la colocación de asesinos en perfiles es un tanto subjetiva.¹⁴⁹ La mayoría de los autores discutidos concuerdan en varios factores apegados a una asesina serial, como la motivación, métodos y selección de víctimas, asimismo como aportan nuevas ideas relevantes para tipologías femeninas. WALTERS, *et al.* establecen que nuevos sistemas de clasificación son necesarios para «*incorporar nuevos descubrimientos de estudios sociales y del comportamiento contemporáneos*».¹⁵⁰ El presente estudio buscó crear una tipología completiva, tomando en cuenta puntos indispensables de varios estudios anteriores y agregando elementos que se creían necesarios, como una jerarquía de roles de poder y subdivisiones dentro de ciertos perfiles. Se ofrece una nueva propuesta para una tipología femenina de asesinas en serie. La cual consta con los siguientes perfiles:

¹⁴⁹ Tomando por ejemplo el caso de Aileen Wuornos. La mayoría de los autores no logran concordar en qué tipo de asesina es, por ejemplo: HOLMES & HOLMES la categorizan como asesina motivada por lujuria (2009. p. 167), TULLY & SMITH-INGLIS la encasillan dentro del perfil «punto de quiebre» (2018. p. 48), KELLEHER & KELLEHER aseguran que es una «*depredadora sexual*» (1998. p. 105) y el presente ensayo la categoriza como «*maníaca de poder*» con la subcategorización de «*cazadora*».

¹⁵⁰ WALTERS *et al.*, 2015. p. 38.

1. Confort.
2. Psicoasesinas, subdividida en:
 - a. Incapacidad psicológica.
 - b. Punto de quiebre.
3. Hedonista.
4. Maniaco de poder, subdividida en:
 - a. Cazadoras.
 - b. Merodeadoras.
5. Asesinos grupales, subdividida en:
 - a. Jerarquía de poderes.
 - b. Igualdad de poderes.

Esta nueva categorización permite hacer una clasificación más congruente del fenómeno de las asesinas seriales, siendo una temática en actual desarrollo que debe tener en cuenta no solo las motivaciones de los actores, sino además la etiología del fenómeno. Es precisamente por ello que las tipologías ya existentes han generado tanto interés en su estudio desde múltiples perspectivas y están evolucionando constantemente, como sin lugar a duda, esta también lo hará.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRIGO, Bruce & GRIFFIN, Ayanna. «Serial Murder and the Case of Aileen Wuornos: Attachment Theory, Psychopathy, and Predatory Aggression». *Behavioral Sciences and the Law*. Vol. 22. 2004. 375–393.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. «*Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*». 5.ª edición, 2013. ISBN 978-0-89042-551-0

BLEDSAW, Rachael. «No Blood in the Water: The Legal and Gender Conspiracies Against Countess Elizabeth Bathory». *Historical Context, Dissertation & Theses*, 2014.

CANTER, David V. & Natalia, WENTINK. «An Empirical Test of Holmes and Holmes's Serial Murder Typology». *Criminal Justice and Behavior*. Vol. 31. N.º 4. 2004.

CANTER, David V., Laurence, ALISON., Emily ALISON. and Natalia, WENTINK. «The Organized/Disorganized Typology of Serial Murder: Myth or Model?». *Psychology, Public Policy, and Law*. Vol. 10. N.º 3. 2004. ISSN 1076-8971

DANISZEWSKA, Agnieszka. *Serial homicide, profiling of victims and offenders for policing*. Argovia: Springer International Publishing, 2017. ISBN: 978-3-319-40054-9

DASH, Mike. «Aqua Tofana» en **WREXLER, Philip.** *Toxicology in the middle ages and renaissance*. 1.^a edición. Londres: Academic Press, 2017.
ISBN 978-0-12-809554-6

DIETZ PARK, Elliott. «Mass, serial and sensational homicides». *Bulletin of the New England Medical Society*. Vol. 62, N.º 5. 1986.

DOUGLAS, John., Ann, BURGESS., Allen BURGESS and Robert RESSLER. *Crime classification manual: A standard system for investigating and classifying violent crimes*. 2.^a ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2006.
ISBN: 978-0-7879-8501-1

_____. Robert, RESSLER., Ann, BURGESS. and Carol, HARTMAN. «Criminal profiling from crime scene analysis». *Behavioral Sciences & the Law*. Vol. 4. N.º 4. 1986.

EGGER, Steven A. «A working definition of serial murder and the reduction of linkage blindness». *Journal of Police Science & Administration*. Vol. 12. N.º 3. 1984.

FLOWERS, R. Barri. *The Dynamics of Murder: kill or be killed*. 1.^a edición, Boca Ratón: CRC Press, 2013.
ISBN 978-1-439-87973-3

GARRIDO, Vicente. *La mente criminal*. 2.^a ed. Barcelona: Temas de hoy. 2013.
ISBN 978-8-499-98291-5

GEBERTH, Vernon. *Practical homicide investigation*. 3.^a ed.
Boca Ratón: CRC Press, 1996.

ISBN: 978-0-8493-8156-0

_____. *Sex related homicide and death investigation, practical and clinical perspectives*. 2.^a ed. Boca Ratón: CRC Press, 2010.

ISBN 978-1439826553

GURIAN, Elizabeth. «Female Serial Murderers: directions for future research on a hidden population». *International journal of offender therapy and comparative criminology*. Vol. 55. 2009.

HARRISON, Marissa., Susan M., HUGHES. and Adam Jordan, GOTT. «Sex Differences in Serial Killers, Evolutionary Behavioral Sciences». 2019.

ISSN: 2330-2925

<http://dx.doi.org/10.1037/ebs0000157>

HICKEY, Eric. *Serial murderers and their victims*. 5.^a ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning. 2010.

ISBN 978-4-956-00814-3

HOLMES, Ronald M. & James, DEBURGER. *Serial Murder*. Los Ángeles: Sage Pubns, 1988.

ISBN: 978-0-803-92841-1

_____. & Stephen T., HOLMES. *Sex crimes: patterns and behavior*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2009.

ISBN: 978-1-4129-5298-9

_____. & Stephen T., HOLMES. *Serial Murder*. 3.^a ed. Los Ángeles: SAGE Publications, 2010.

ISBN 978-1-4129-7442-4

HOLMES, Stephen T. Eric, **HICKEY** and Ronald M., **HOLMES**. «Female serial murderers: Constructing differentiating typologies». *Journal of Contemporary Criminal Justice*. Vol. 7. N.º 4. 1991.

JIMÉNEZ, J. *Manual práctico del perfil criminológico. Criminal Profiling*. 2.^a ed. Valladolid: Lex Nova, 2010.

ISBN 978-84-9898-443-9

KELLEHER, Michael D. & C. L., **KELLEHER**. *Murder most rare: The female serial killer*. Westport: Praeger Publishers, 1998.

ISBN: 0-440-23473-5

LABRODE, Rebecca. «Etiology of the Psychopathic Serial Killer: An Analysis of Antisocial Personality Disorder, Psychopathy, and Serial Killer Personality and Crime Scene Characteristics». *Brief Treatment and Crisis Intervention*. Vol. 7. 2007.

LOMBROSO, Cesare y Guglielmo, **FERRERO**. *La Donna Delinquente, la prostituta e la donna normale*. Turin: Bocca. 1903.

LOMBROSO, Cesare. *L'Uomo Delinquente*. 5.^a ed. Turin. 1906.

MESSORI, Leryn R. «Frequencies Between Serial Killer Typology and Theorized Etiological Factors». *Dissertations & Theses*. 2016.

PARASCANDOLA, John. *King of poisons: a history of arsenic*.
1.ª edición, Virginia: Potomac Books, 2012.

ISBN: 978-1-59797-703-6

PERRI, Frank S. & Terrance G., LICHTENWALD. «The last frontier: myths and the female psychopathic killer». *The forensic examiner*. 2010.

RAMSLAND, Katherine. *The psychology of death investigations: behavioral analysis for psychological autopsy and criminal profiling*. 1.ª edición, Boca Ratón: CRC Press, 2018.

ISBN: 978-1-138-73529-3

ROSSMO D., Kim. *Geographic Profiling: Target patterns of serial murderers, Dissertation*. Vancouver: Simon Fraser University, 1995.

RUBENHOLD, Hallie. *The five: The untold lives of the women killed by Jack the Ripper*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2019.

ISBN: 978-1-328-66408-2

SCHURMAN-KAUFLIN, Deborah. *The new predator: women who kill*. 1.ª edición, Nueva York: Algora Publishing, 2000.

ISBN: 1-892941-58-9

SHARMA, Meher. «The Development of Serial Killers: A Grounded Theory Study». *Masters Theses*. 2018.
thekeep.eiu.edu/theses/3720

TULLY, Tracy & Melissa, SMITH-INGLIS. «Female serial killers: motives, case studies and a new typology». *Criminal*

Justice Research. Vol. 19. N.º 2. 2018.

ISSN: 1526-9507

WALTERS, Bethany K., Eric, HICKEY., Laura, DRISLANE.
& Christopher, PATRICK. «Serial murder: Facts and
misconceptions». *Science and the Courts*. vol. 1. N.º 5. 2015.

LA PRISIÓN PREVENTIVA, SU USO PROPORCIONAL Y
RACIONAL EN EL ECUADOR BAJO ESTÁNDARES DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

LA PRISIÓN PREVENTIVA, SU USO PROPORCIONAL Y RACIONAL EN EL ECUADOR BAJO ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS¹

MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA²
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

RESUMEN:

La medida cautelar de la prisión preventiva ha sido aplicada en los últimos años de manera indiscriminada en Ecuador, los órganos jurisdiccionales omiten aplicar constantemente los estándares interamericanos bajo los cuales la privación de libertad debe realizarse de forma excepcional. En la presente investigación abordaré el desarrollo jurisprudencial de la prisión preventiva con relación al principio de presunción de inocencia y las repercusiones del sistema interamericano en el sistema jurídico nacional, además de las implicaciones de esta figura

¹ Artículo presentado por el autor el 29 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 26 de junio de 2020.

² Profesor de Ciencias penales y Criminología de la Universidad Central del Ecuador, Candidato a Doctor en Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca, Master en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, Especialista en la Lavado de Activos, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, investigador visitante del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano en Universidad Georg August Gotinga-Alemania, Miembro Investigador del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas-Ecuador.
orcid.org/0000-0002-9612-3317

*Este artículo se trabajó en colaboración con Julio Miguel Angulo Gaona, estudiante de la Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador.

jurídica en las decisiones judiciales y en el escenario jurídico ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE:

Prisión Preventiva, Personas Privadas de Libertad (PPL), Populismo penal, Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Comisión Interamericano de Derechos Humanos (CIDH), Código Orgánico Integral Penal (COIP)

ABSTRACT:

The precautionary measure of pretrial detention has been applied indiscriminately in Ecuador in recent years, the courts omitted the inter-American standards under which deprivation of liberty must be carried out exceptionally and under the requirements of articles 7.1, 7.2 and 7.3 of the American Convention on Human Rights. In the present investigation I will address the jurisprudential development of preventive detention in relation to the principle of innocence and the repercussions of the inter-American system in the national legal system, in addition to the implications of this legal figure in judicial decisions and in the Ecuadorian political scene.

KEYWORDS:

Preventive detention, Persons Deprived of Liberty, Criminal Populism, InterAmerican System of Human Rights, InterAmerican Court of Human Rights, InterAmerican Commission of Human Rights, Compressive Criminal Code (COIP)

INTRODUCCIÓN

Antes de concluir el primer decenio de los dos mil dentro del sistema carcelario ecuatoriano, el número de personas privadas de libertad (en adelante PPL), no sobrepasaba la cantidad de diez mil personas, respecto de ciudadanos privados de libertad como consecuencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada y ciudadanos que se encontraban en cumplimiento de una medida cautelar³ de prisión preventiva⁴, a la espera de juicio en el que se declare su responsabilidad o se ratifique su estado de inocencia.

Este número de PPL, que a mediados del 2008 que parecía bastante alto, llevaba de forma intrínseca varios problemas estructurales y de índole jurisdiccional, así, la falta de aplicación residual del derecho penal, principios procesales de mínima intervención penal, proporcionalidad y racionalidad por parte de los administradores de justicia, daba como resultado el uso desmedido de la medida cautelar de prisión preventiva, consecuentemente, el hacinamiento carcelario aumentaba de forma estrepitosa dentro del Ecuador.

³ Las medidas cautelares dentro del proceso penal suelen clasificarse según su finalidad, pues, tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio, ya sea de índole personal o civil, en HORVITZ LENNON, María Inés y Julián, LÓPEZ MASLEO. *Derecho Procesal Penal*. t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2002. p. 145.

⁴ La prisión preventiva es una medida de seguridad adoptada por el juez, con la finalidad de que el procesado comparezca al juicio, privándolo de su libertad mientras se resuelve su situación jurídica, en GARRONEO, José Alberto. *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 285.

Otro problema no menos importante por esos años, fueron las violaciones a los derechos convencionales de los procesados producto de las privaciones de libertad arbitrarias impuestas por los órganos jurisdiccionales ecuatorianos, debido a que tales decisiones jurisdiccionales no se apegaban a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵ (en adelante SIDH). Se debe decir que Ecuador es un Estado integrante de la Convención, por lo que su ordenamiento jurídico, así como sus decisiones judiciales deben respetar los parámetros del SIDH, sin embargo, y de forma lamentable, Ecuador es uno de los Estados parte que más ha sido sancionado por privaciones de libertad arbitrarias por parte del órgano supranacional.

Se entendería que por las razones expuestas en los numerales 1.2 y 1.3 del presente artículo, Ecuador cambiaría sus prácticas judiciales, para no tener como constante las violaciones de Derechos Humanos y por el contrario, reforzar el sistema democrático, sin embargo, en los últimos diez años, se ha tenido una curva ascendente exponencial respecto al número de ciudadanos privados de libertad, con cifras que sobrepasan a los cuarenta mil ciudadanos encarcelados, es decir, a la fecha se cuadruplicó el número de PPL que se tenía a finales del 2010.

Este trabajo, pretende identificar las causas del inadecuado uso de la prisión preventiva (punitivismo y fragilidad del sistema judicial), las finalidades que tiene la medida cautelar dentro de un proceso penal, así como los parámetros que deben cumplir los órganos jurisdiccionales para aplicarla sin que ésta se torne

⁵ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene como pilares fundamentales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

arbitraria, además, identificar los lineamientos que tiene el SIDH respecto de la prisión preventiva, su uso y las limitaciones para no abusar de esta medida. Finalmente, analizar la normativa interna respecto de los pedidos de esta medida cautelar en los procesos penales.

El populismo penal y sus consecuencias (la residualidad de la aplicación de instrumentos internacionales en el Ecuador)

La aplicación del derecho penal de forma desmedida e irracional es una tendencia política de los Estados que pretenden acabar o controlar problemas estructurales, con la disminución de garantías constitucionales. Este fenómeno, que la ciencia penal confronta a diario, se plasma como un discurso político atractivo para una sociedad que clama por seguridad y está dispuesta a que dentro de un Estado democrático se vulneren derechos fundamentales, apostando todo a un sistema que a la larga demuestra no ser la solución para los conflictos sociales.

Hace más de una década, una corriente llamada «*actuarialismo penal*», se desarrolló con la objeto de reestructurar los ámbitos o fines del Derecho penal, basados en un discurso de probabilidad y riesgo⁶, la reformulación de estos objetivos en función de la eficiencia de las instituciones penales, cae en un «*nueva penología*» cargada de promesas populistas de las élites

⁶ La sociedad se encuentra en constante amenaza, por los efectos propios del desarrollo industrial, económico, tecnológico, lo cual perfecciona las actividades delictivas y crea como consecuencia miedo e inseguridad en la población, lo que subordina a la sociedad al concepto de seguridad, en BECK, Ulrich. *La sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 58.

políticas cuyo objetivo no es rehabilitar al autor de un delito, sino regular niveles de riesgo con lo que el Derecho penal no busca proteger las garantías y derechos de un individuo frente al Estado, sino, agrupar en un sector determinado y exponer a sujetos supuestamente peligrosos y disuadir del cometimiento de delitos, en razón de la dureza de la aplicación de normas penales, a los demás integrantes de la sociedad⁷.

Esta forma de aplicación del Derecho penal, misma que obedece a intereses políticos, indirectamente cumple una función simbólica de doble vía sobre sus destinatarios. Por una parte, la implantación de una sensación de invulnerabilidad para la sociedad como consecuencia de la aplicación de las sanciones penales y por otra, la extensión de los fines de la pena, específicamente de la privación de la libertad, ya que, entre más exigentes se formulen los fines preventivos de la sanción punitiva, más valor simbólico tendrá para la sociedad⁸. Se utiliza entonces de forma instrumental al Derecho penal, con lo que se transmite el mensaje de una sociedad fiel al Derecho⁹.

Con esta tendencia populista, desde mi óptica, los políticos optan por la aplicación del Derecho penal como mecanismo de solución a los índices de riesgos o criminalidad y, como respuesta al clamor social, los administradores de justicia,

⁷ GUTIERREZ, Mariano. *Punitivismo y eficientismo en el proceso de inflación penal argentino*.

⁸ HASSEMER, Winfried., Klaus, LUDERSSEN y Wolfgang, NAUCKE. *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg: Mueller Juristischer Verlag, 1983. p. 66.

⁹ HASSEMER, Winfried. «Derecho penal simbólico y la protección de bienes jurídicos» en *Pena y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 30.

lamentablemente optan por dejar en una esfera apartada la limitación de la intervención penal, y se inclinan por favorecer al discurso político con medidas totalmente desmesuradas y que muchas veces desconocen un Derecho penal que contiene el poder punitivo y por el contrario, se convierte en el mecanismo de legitimación de arbitrariedades.

Así, el uso excesivo de la prisión preventiva es una realidad en nuestro país. Los órganos jurisdiccionales resuelven optar por esta medida cautelar bajo estándares de legalidad formal que plantea el ordenamiento jurídico interno, sin embargo, se deja de lado el cumplimiento de estándares supranacionales que deben respetarse al momento de dictar una prisión preventiva¹⁰. Como consecuencia, muchas de las decisiones en las que se priva de libertad a un procesado, se convierten directamente en arbitrarias por contravenir parámetros internacionales de respeto a la libertad de los ciudadanos¹¹, a pesar de que se cumpla con requisitos de formalidad interna de cada país¹².

La distinción entre arbitrario e ilegal, no es de directa claridad en nuestro ámbito jurídico; se asume erróneamente

¹⁰ CAFFERATA, Nores José. *La excarcelación*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 120.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Documento 46/13, de 30 de diciembre de 2013, p. 14.

¹² Además, el informe de la Comisión se refiere a que el uso excesivo de la prisión preventiva ha sido también uno de los aspectos tomados en cuenta por la CIDH en el análisis de situaciones graves de derechos humanos en la región y en el seguimiento de recomendaciones emitidas en sus informes de país, véase en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. op. cit.*, p. 15.

que son sinónimos cuando no lo son. Una prisión preventiva, a pesar de reunir requisitos de formalidad y ser legal según las leyes internas de cada Estado, puede ser arbitraria en relación a los estándares internacionales del SIDH, por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH), mediante jurisprudencia, determina que las detenciones o encarcelamientos, aún calificados de legales, pueden ser opuestos con el respeto de derechos fundamentales del individuo o con presupuestos convencionales¹³.

Este fenómeno, que se origina en primera instancia por acoger discursos populistas, conlleva paralelamente un evidente desconocimiento por parte de los administradores de justicia del país, los mismos que relegan la aplicación de instrumentos internacionales, especialmente los que se refieren a la protección de derechos humanos. La falta de aplicación no obedece a una oposición o crítica a los fundamentos de los lineamientos del SIDH, sino básicamente responde a que nuestros jueces no los conocen,

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de enero de 1994, § 47, la CorteIDH determinó que: «...nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad...»; en el mismo sentido la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de noviembre de 2007, § 97. se determina que: «...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención...».

pues resulta totalmente ínfimo, el número de jueces de materia penal que conozcan las principales decisiones de la CorteIDH o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sobre la materia de prisión preventiva¹⁴.

Estas prácticas erróneas de populismo penal y abuso de la prisión preventiva, son algunas de las causas que contribuyeron a que en la última década Ecuador cuadruple su número de PPL, llegando al número de cuarenta mil encarcelados, constituyéndose en uno de los países con los índices más altos de hacinamiento en la región, sin embargo, lo más alarmante de estos números es que el 40% de PPL se encuentran bajo la medida cautelar de prisión preventiva, es decir, sin una sentencia condenatoria ejecutoriada¹⁵. Además, Ecuador tiene una trayectoria deshonrosa ante el SIDH, pues ha sido uno de los Estados con mayor número de sanciones por parte de la CorteIDH como consecuencia de violaciones de derechos humanos, respecto del abuso de la prisión preventiva productos de sus decisiones judiciales¹⁶.

¹⁴ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y Kai, *AMBOS. Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. t. I. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011. p. 64.

¹⁵ Datos obtenidos del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores del Ecuador (SNAI), de fecha 19 de diciembre de 2019.

¹⁶ Como parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ecuador es uno de los Estados, que más veces ha sido sancionado por la CorteIDH, por las arbitrariedades en las privaciones de libertad de los ciudadanos. Estos casos han sido una referencia jurisprudencial importante para los demás países, casos como: *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *Suarez Rosero vs. Ecuador*, *Mario Montesinos vs. Ecuador*, y el más reciente *Carranza Alarcón vs Ecuador*, de marzo de 2020.

Finalidades legítimas de la prisión preventiva en un proceso penal y circunstancias no aplicables para fundamentarla (evitación de la arbitrariedad por parte de los órganos jurisdiccionales)

En concordancia con los postulados de un Estado constitucional, Ecuador establece un carácter de excepcional la aplicación de medidas privativas de libertad, de esta forma el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador determina que solo se aplicará esta medida cuando sea necesario garantizar la comparecencia del ciudadano al proceso penal¹⁷, a pesar de ello, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en su artículo 534¹⁸, establece finalidades que no responden a la correcta naturaleza de la medida cautelar en cuestión por contravenir el principio de presunción de inocencia, parámetros de racionalidad, necesidad y proporcionalidad; *empero*, al ser jerárquicamente superior la norma de rango constitucional, no debería considerarse otros fines en la aplicación de la medida cautelar establecidos en la norma orgánica¹⁹.

Con este antecedente, se considera que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como en la doctrina mayoritaria de índole procesal, la medida cautelar de carácter

¹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, «Artículo. 77. 1.- *La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso...*»

¹⁸ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. «Artículo 534. *Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena...*»

¹⁹ KRAUTH, Stefan. «La prisión preventiva en el Ecuador». en *Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa N.º 8*. Quito: Defensoría Pública, 2018. p. 27.

personal, solo puede responder a necesidades de naturaleza procesal y no punitiva²⁰. Dicho de otra forma, la privación de libertad de forma preventiva solo es legítima cuando se la aplica bajo características eminentemente procesales, ya sea para la comparecencia de la persona al proceso o bien, para que no obstaculice la investigación penal²¹. Los peligros procesales, se configuran como presupuestos que fundamentan, avalan y constituyen los requisitos más importantes para dictar una medida cautelar personal²².

Respecto de las finalidades de esta medida cautelar, debe realizarse un análisis «*ex post*» a la conducta de la persona que está siendo procesada, pues debe evaluarse lo que sucederá con posterioridad a dictar la medida cautelar y no fundamentarla por los hechos ocurridos²³. Entonces, se debe realizar un análisis

²⁰ MORA SÁNCHEZ, Jeffry. «Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad». En *Acta Academia No. 54*. Granadilla: Universidad Autónoma de Centro América, 2014. p. 193.

²¹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La prisión preventiva. Límites Constitucionales*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010. p. 75.

²² PEREZ LÓPEZ, Jorge. «El peligro procesal como supuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva». En *Derecho y Cambio Social No. 36*, Lima. 2014, p. 5.

²³ SUPERTI, Héctor Carlos. «La peligrosidad criminal y la libertad del procesado». En *Revista Jurídica Argentina la Ley No. 1996-D*. Buenos Aires: Editorial La Ley Editora e Impresora, 1996. p. 495; *en el mismo sentido* CAFFERATA, Nores José. *La excarcelación. op. cit.*, p. 78. Determina que la restricción de la libertad individual preventiva se orienta a evitar que el procesado con posterioridad a establecerle esta medida cautelar de carácter personal, obstaculice o perturbe la actuación de la justicia, es decir, debe fundamentarse en lo que el procesado hará después, mas no, en el presupuesto fáctico por el

pormenorizado respecto de la conducta del sujeto y su incidencia con el adecuado desarrollo del proceso, de ser afirmativa la conclusión producto de evidencias concretas, concordantes, y no de meras sospechas, al considerar el Juez que la investigación se vería mermada de su hilo conductual adecuado, entonces, solo entonces podrá justificar constitucionalmente la privación preventiva de libertad²⁴.

La obstaculización de la investigación o «*periculum in mora*»²⁵ como presupuesto de peligro procesal, se configura como límite a la aplicación de la prisión preventiva, pues solo se puede ordenar esta medida cautelar cuando existan razones fundadas para creer que el ciudadano al que se le impone esta medida intentará de forma directa entorpecer la administración de justicia si se lo deja en libertad durante el proceso²⁶. Este

que se lo procesa.

- ²⁴ CHIARA DÍAZ, Carlos. «Resultado de Algunas Reflexiones sobre la Libertad y el Proceso Pena». En *Revista El Derecho No. 94*, Madrid. p. 909.
- ²⁵ BUENO ARMIJO, Antonio y Manuel RODRIGUEZ. «El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares ¿Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña». en *Revista de Administración Pública N.º 127*. Madrid, 2007. p. 237. Determinan que el *periculum in mora*, es un riesgo cierto de que en el transcurso del tiempo, el procesado ponga en peligro un requisito sustantivo del proceso.
- ²⁶ CASTRO, San Martín. *Derecho Procesal Penal*, vol. II. Lima: Grijley, 2003. p. 116; en *sentido contrario*, BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1993. p. 199, establece que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento, pues es el Estado cuenta con un sin número de recursos para evitar un eventual

peligro procesal, debe estar alejado de apreciaciones subjetivas o abstractas, por el contrario, deben existir circunstancias reales, concretas y tangibles, en las que se demuestre que el procesado impedirá el desarrollo de una eficiente investigación²⁷.

Los escenarios de peligro procesal pueden ser físicos, como el amedrentamiento de testigos, peritos o coimputados, además acciones tendientes a desaparecer o alterar pruebas incriminatorias, inclusive el peligro puede reflejarse en actuaciones procesales, como negarse a cumplir con ciertas disposiciones ordenadas por un órgano jurisdiccional, siempre que se guarden las distancias para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa²⁸.

Evitar que el procesado obstaculice la investigación, es una finalidad que justifica la aplicación de la prisión preventiva compatible con el principio de presunción de inocencia que implica el trato como inocente a una persona que es procesada, sin embargo, esta afirmación no se ha podido sostener al punto de eliminar toda forma de aplicación de coerción penal desde el Estado²⁹. Esta postura obedece a la finalidad que tiene el proceso penal respecto de establecer una verdad, consecuentemente, la conducta activa por parte del encausado que se orienta a alterar

entrometimiento del procesado en una investigación.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, § 198.

²⁸ PEREZ LÓPEZ, Jorge. *El peligro procesal como supuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*. op. cit., p. 20.

²⁹ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos, el Derecho procesal penal como fenómeno cultural*, t. I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989. p. 275.

circunstancias probatorias entorpecería la finalidad de un proceso penal, por lo que el uso del encarcelamiento se aplicaría de una forma justificada.³⁰

Analizada la obstaculización de la investigación por parte del encausado como peligro procesal que puede ser considerado como fundamento para dictar una prisión preventiva, corresponde el análisis del segundo y último presupuesto que la jurisprudencia y la doctrina admiten como peligros procesales y como únicos presupuestos para cumplir la finalidad que requiere una medida cautelar de carácter personal.

Desde la escuela clásica del Derecho penal, CARRARA ya fijó la necesidad del uso de una «*custodia preventiva*» con el propósito de impedir la fuga del reo³¹. Desde entonces se ha definido al peligro de fuga como fundamento legítimo de la prisión preventiva, aquella circunstancia en la que el procesado tendría una alta disposición a eludir el accionar de la justicia³², por tanto, este peligro procesal, se traduce en una función cautelar de aseguramiento, mientras que el peligro antes analizado (obstaculizar la investigación), cumple una función de aseguramiento de la prueba³³.

³⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y Julian LÓPEZ MASLEO. *Derecho Procesal Penal. op. cit.*, p. 408.

³¹ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal. vol. II*, Bogotá: Temis, 1957. p. 375.

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Guía Práctica para reducir la prisión preventiva*. 2017. p. 10.

³³ TALAVERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2004. p. 43.

Este presupuesto, se resume a dos finalidades concretas; el aseguramiento de la presencia del imputado al proceso, fundamentalmente al juicio oral o llamada audiencia de juzgamiento³⁴; y, al sometimiento del sentenciado a la ejecución de la pena a imponerse posterior a declararlo responsable del cometimiento de un delito³⁵, por tanto, la fuga se relaciona con el riesgo de que el procesado se sustraiga de las acciones de la justicia y no se posible cumplir con los fines del proceso, debido al miedo que le impongan una pena, por no querer pagar la reparación civil, gastos del tiempo que le quita el proceso, etc.³⁶ Se debe establecer como análisis primario que no siempre será necesario mantener al procesado privado de su libertad, pues considerar esto como premisa, vulneraría de forma directa el carácter de excepcionalidad de la medida cautelar, además, se sustituiría la idea de necesidad, por la de comodidad, lo que es intolerable en un Estado de derechos³⁷.

Ahora bien, como se desarrolló en el primer peligro procesal tratado en el presente artículo, igualmente en el peligro de fuga, no puede ser apreciado tal peligro desde criterios abstractos, sino solo debido a las circunstancias del caso en particular con antecedentes concretos y objetivos respecto de la

³⁴ Cabe mencionar que en el Ecuador, por norma de rango constitucional, se permite el enjuiciamiento en ausencia, en delitos específicos relacionados con la corrupción, norma redactada en el artículo 233 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

³⁵ ASENCIO, José María. *La prisión provisional*. Madrid: Civitas, 1987. p. 104.

³⁶ NEYRA, José. *Manual de nuevo proceso penal y litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010. p. 516.

³⁷ LA ROSA, Mariano. «Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos». En *Revista Pensamiento Penal*. 2016. p. 2.

tendencia del procesado a eludir el cumplimiento de la pena. Por este motivo, la solicitud con referencia a este peligro procesal no debe fundarse solo en la gravedad de la imputación o el monto de la pena esperada, y con estos antecedentes asumir la sospecha de fuga, sino que debe considerarse todos los factores que son parte del proceso penal, así como las características particulares del procesado³⁸. En este sentido la ComisiónIDH, enfatiza en que corresponde al ente juzgador verificar la existencia de argumentos razonables sobre la existencia del peligro de fuga y no limitarse solo a enunciar las normas donde se establece la causal, pues toma como arbitraria la aplicación de la medida cautelar cuando se considera solo la eventual condena a imponerse y se supone por este motivo que el procesado eludiría la justicia³⁹.

La CorteIDH, dentro de sus decisiones jurisprudenciales, de manera categórica prohíbe la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en presupuestos relativos a las finalidades de la

³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de la 25.^a ed. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000. p. 260.

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda de Usón Ramirez vs. Venezuela*, Informe de Fondo, 14 de marzo de 2008, § 172; *en el mismo sentido se ha pronunciado en varias ocasiones la CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Piruzyan vs. Armenia*, Sentencia Final, 26 de junio de 2012, § 192; *Caso Panchenko vs. Rusia*, Sentencia de Fondo, 8 de febrero de 2006, § 105; *Caso Müller vs. Francia*, Sentencia de Fondo, 17 de marzo 1997, § 43 y 43; el lineamiento jurisprudencial se orienta a determinar que el riesgo de fuga no puede ser establecido con base en la severidad de la eventual sentencia, pues la expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevantes, pero no son determinantes en sí mismos. La sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse como justificación suficiente del riesgo de fuga.

pena o *cuestiones sustanciales* del Derecho penal⁴⁰, ya sean estas de prevención especial o general⁴¹. Plasmar una decisión en este sentido es lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo que implica una violación al principio de presunción de inocencia que subyace incluso a los requisitos formales normativos internos de un Estado⁴².

La postura sustancial, apuesta a un elevado punitivismo en lo que concierne a la aplicación de una medida de prisión preventiva, pues entra en un conflicto con el respeto a principios, garantías constitucionales y parámetros establecidos de forma convencional⁴³. Se utiliza el término sustancialista a esta corriente debido a que plantea el uso de la medida cautelar personal para

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, § 69, se determina que no son suficientes para dictar una medida cautelar personal, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa, pues la prisión preventiva responde a ser una medida cautelar y no punitiva.

⁴¹ JESCHECK, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. 5.^a ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 74. Determina que mientras la prevención general se ocupa de la prevención del cometimiento de delitos en la colectividad, la prevención especial, se dirige al reo, pues se orienta a educar al infractor para mantenerle alejado de infracciones futuras.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo, 12 de noviembre de 1997, § 77; en el mismo sentido COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas». 14 de marzo del 2008, Principio III, punto 2 del documento.

⁴³ GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, Jorge. «Debido proceso y prisión preventiva, Una lectura constitucional del encierro procesal». En *Revista Pensamiento Penal*. 2011. p. 9.

satisfacer fines propios del derecho penal material y no procesal, en tal efecto le asigna a la prisión preventiva finalidades de carácter sustancial, como la prevención del cometimiento de delitos con la anticipación de la pena, evitar la reincidencia mediante el encierro, disminuir el índice delincencial o impartir el mensaje criminológico a la sociedad sobre el aspecto simbólico del derecho penal y su rigidez contra el delito⁴⁴.

La consecuencia de utilizar la prisión preventiva con fundamentos *sustancialistas* dificulta la distinción entre fines procesales y sustanciales de esta medida. Esta posición convierte al encarcelamiento preventivo en ilegítimo, pues equipara a esta restricción de la libertad con la pena que se le impone a un condenado, es decir, se sitúa en la misma posición a un condenado y a una persona que está a la espera de su juicio, consecuentemente, se niegan diversos principios limitadores derecho penal como el principio de culpabilidad o de inocencia⁴⁵.

Respecto de las finalidades o fundamentos que convierten en ilegítima la prisión preventiva, se debe analizar cuando esta medida es dictada en razón de los antecedentes penales de un procesado. En primera instancia, la sola presencia de un antecedente penal no debe considerarse como fundamento para

⁴⁴ Respecto de esta postura, la corriente garantista muestra su total desacuerdo, pues se sostiene que una prisión dictada con el fin de impedir al procesado la comisión de otros delitos convierte a ese encierro preventivo en una ilegítima pena sin juicio, véase en FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 4.ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 553.

⁴⁵ KEES, Juan. «La peligrosidad en las medidas personales de coerción,». En *Revista Pensamiento Penal*. Río Negro, 2011. p. 5.

imponer un encarcelamiento preventivo del ciudadano⁴⁶. La palabra antecedente, no debe ser confundida con los antecedentes penales; estas circunstancias no sirven para establecer el peligro procesal que exige la medida cautelar, como se establece en el artículo 11.2 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

El antecedente debe analizarse en función del comportamiento que ha tenido el sujeto en la propia investigación o en procesos anteriores, es decir, si no ha intervenido de manera maliciosa con la finalidad de obstruir la justicia en las investigaciones que ha sido encausado o incluso, si ha prestado las debidas facilidades dentro de la investigación al comparecer o cumplir con los requerimientos que le hizo el órgano correspondiente, de tal manera que de constatarse este comportamiento propenso a la colaboración con el adecuado desarrollo de un proceso, es incompatible adoptar la medida cautelar de carácter personal⁴⁷.

Aplicar la medida de prisión preventiva fundada en las consideraciones antes expuestas que persiguen fines sustanciales y no procesales, generan varias consecuencias negativas, entre ellas la vulneración de derechos fundamentales y también influye en el ámbito penitenciario de un Estado. Como se expuso en líneas precedentes, el uso excesivo de la medida cautelar en estudio,

⁴⁶ PEREZ LÓPEZ, Jorge. «El peligro procesal como supuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva». En *Derecho y Cambio Social. op. cit.*, p. 10.

⁴⁷ ASENCIO, José María. «La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú». En *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra, 2005. p. 514

responde a varios factores como el desconocimiento o la falta de aplicación de los instrumentos internacionales, fundamentar la medida cautelar con fines sustancialistas, y esencialmente cuando la justicia se somete al lineamiento político de orden punitivo. El ascendente número de PPL sin una sentencia condenatoria ejecutoriada es una consecuencia directa del discurso político que de manera equivocada pretende solucionar los problemas de inseguridad o de incremento de índices delincuenciales mediante el uso excesivo e injustificado de la cárcel con el fin de dejar un cuerpo visible, marcado y crear un elemento de memoria y reconocimiento en la sociedad⁴⁸.

La existencia de la criminalidad lleva consigo el crecimiento de la alarma social, esto acompañado del discurso punitivo y de la exposición de los medios de comunicación en masa, ocasionan el endurecimiento de leyes penales y procesales reproduciendo los ciudadanos privados de su libertad⁴⁹. En Ecuador a finales del 2010 se tenía alrededor de diez mil personas privadas de libertad, *empero*, como consecuencia de las políticas de carácter punitivo y posturas judiciales, el número de PPL a inicios del 2020 sobrepasó la cifra de cuarenta mil, siendo que el 40% de esta población carcelaria no tiene una sentencia condenatoria ejecutoriada, con lo que se evidencia de forma clara

⁴⁸ FOCAULT, Michel. *La sociedad punitiva*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica Argentina, 2016. p. 23.

⁴⁹ CARRANZA, Elías. «Visión empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia en América Latina». En *Las reformas al sistema de justicia penal en Japón y en América Latina, logros, problemas y perspectivas*, ILANUD/Naciones Unidas, Agencia de Cooperación Internacional de Japón. San José de Costa Rica: JICA, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, 2011. p. 10.

y meridiana las falencias que tiene el Ecuador sobre el uso de la medida cautelar de carácter personal, una evidencia primordial de lo que se manifiesta, se nota en los últimos cuatro años, desde la entrada en vigencia del COIP, en el que las propuestas del legislativo fueron y han sido orientadas al endurecimiento de penas y la restricción de ciertas garantías procesales.

Lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para el uso de la prisión preventiva

El SIDH desde su conformación ha desarrollado una amplia jurisprudencia, contenido informativo y directrices sobre el uso adecuado de la medida cautelar de carácter personal, de hecho, la CorteIDH ha impuesto sanciones a varios de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos por el uso arbitrario de la prisión preventiva, paradójicamente el Ecuador contribuye de forma constante al desarrollo jurisprudencial de este órgano internacional debido a que ha sido sancionado en varias ocasiones.

La CorteIDH determina que la legitimidad de la procedencia de la prisión preventiva debe ser compatible con lo que determina la Convención Americana de Derechos Humanos y no únicamente de lo contenido en la ley interna de los Estados, pues resulta posible que en la normativa legal se establezcan causales o criterios de aplicación contrarios a lo que determina la Convención⁵⁰. Con esta línea jurisprudencial, la CorteIDH

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, 21 de septiembre de 2006, § 89; en el mismo sentido la CorteIDH determina que la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que si bien

establece una diferenciación entre la ilegalidad o arbitrariedad en una prisión preventiva, términos que muchas veces son confundidos o considerados como iguales cuando no lo son. En un sentido breve, el aspecto legal radica en el cumplimiento de la normativa del ordenamiento jurídico interno de un Estado y la arbitrariedad se evidencia cuando se transgrede derechos humanos, por ende, un encarcelamiento preventivo a pesar de ser legal puede tornarse arbitrario. Concluye la CorteIDH así como la CIDH en que toda detención ilegal es *per se* arbitraria, pero que puede existir prisiones preventivas que a pesar de ser legales pueden considerarse como arbitrarias⁵¹.

El artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece parámetros de limitación de orden legal que deben ser considerados para dictar una prisión preventiva, así como prohíbe de manera expresa en su artículo 7.3 las detenciones arbitrarias⁵². La privación ilegal de la libertad se refiere a que la detención no se adecue a las causas, condiciones y procedimientos establecidos de forma constitucional y en los ordenamientos jurídicos nacionales⁵³. Este principio de legalidad

pueden ser legales, pero en la *praxis* resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad, en *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia de Fondo, 25 de noviembre de 2005, § 55.

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras* Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, § 196.

⁵² CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Artículo. 7. *Derecho a la Libertad*. 2.- *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas*. 3.- *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios*».

⁵³ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y Kai, AMBOS. *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. op. cit., p. 253.

obliga a los Estados parte de la Convención a establecer de forma concreta las causas y condiciones de la privación de libertad física expresadas en normas contenidas en el ordenamiento jurídico a las que hace referencia el artículo 7.2 de la Convención. El efecto que genera este lineamiento es que en el caso de no cumplirse los requisitos o procedimientos establecidos en la ley⁵⁴, la detención sería ilegal⁵⁵.

La CorteIDH, respecto de la diferencia entre detención ilegal o arbitraria, manifiesta que toda detención ilegal tiene una carga de arbitrariedad, sin embargo, la privación de la libertad que contraviene preceptos legales está subsumida en el artículo 7.2 de la Convención, pues la arbitrariedad a la que se refiere el artículo 7.3 tiene un contenido jurídico propio, en la que no solamente se analiza la inobservancia de la normativa nacional, sino incluso la existencia de normas nacionales que generen una contradicción a lo establecido por el convenio internacional⁵⁶. Este criterio

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva 6/86*, 9 de mayo de 1986, § 38, establece que la ley es una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, Sentencia de Fondo, 29 de septiembre de 1999, § 56, se estableció que nadie puede ser privado de libertad sino por causas, casos o procedimientos establecidos en la ley (aspecto material), pero además con estricto cumplimiento de los procedimientos definidos en la misma (aspecto formal); véase también en *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de Fondo, 16 de agosto de 2000, § 68; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, § 69.

⁵⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Albert Womah Mulong vs. Camerún*, Sentencia, 21 de julio de 1994, § 98.

es compartido por la Corte Europea de Derechos Humanos, organismo que establece que cualquier detención debe cumplir los procedimientos establecidos en la ley nacional y, además, cumplir y respetar principios expresos o tácitos compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos⁵⁷.

Es necesario resaltar lo que se afirmó en líneas precedentes, es decir, la diferencia entre una detención ilegal y arbitraria que establece la CorteIDH, pues existe un grado de complejidad, al plantear una línea límite entre estos dos conceptos. Como se afirmó, la arbitrariedad de una detención no depende de forma exclusiva de la contradicción de normativa interna de un Estado, sino de la vulneración de la Convención, aun cuando la detención cumpla estándares normativos nacionales. Esto plantea que inclusive una detención legal en su inicio puede convertirse en arbitraria cuando se vulnera el sistema de protección de Derechos Humanos, por el contrario, una detención arbitraria, bajo ninguna circunstancia podrá obtener el grado de legal⁵⁸.

La CorteIDH, establece que la detención se configura como arbitraria cuando puede afectar derechos humanos⁵⁹. Es así que la medida cautelar de carácter personal debe obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad en una medida necesaria en una sociedad

⁵⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kemmache vs. France*, Sentencia, 24 de noviembre de 1994, § 37.

⁵⁸ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Winterer vs. Países Bajos*, Sentencia, 24 de octubre de 1979.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, op. cit., § 216.

democrática⁶⁰. En líneas precedentes, se desarrolló el aspecto de legalidad que debe respetarse al momento de optar por la aplicación de una prisión preventiva, ahora bien, sobre el principio de inocencia, se puede afirmar que en el relación a un proceso penal, el encausado como regla general debe permanecer en libertad, hasta obtener una sentencia o auto ejecutoriado, sin embargo, se acepta que el Estado esté facultado para detener provisionalmente a una persona dentro de un proceso penal irresuelto de manera excepcionalísima⁶¹, es decir, una persona debe ser tratada y considerada como inocente hasta que exista una sentencia que demuestre lo contrario, por lo tanto, la medida cautelar deberá ser excepcional y cumplir aspectos de necesidad y proporcionalidad.

Se puede concluir entonces, que la arbitrariedad de una prisión preventiva radica en la vulneración de principios y derechos establecidos en la convención, enunciados en el numeral anterior. Del principio de presunción de inocencia se desliga el parámetro de necesidad que determina que el encarcelamiento deberá imponerse cuando sea completamente necesario para cumplir los fines procesales propuestos, tras comprobar que otras medidas cautelares alternativas menos coercitivas son insuficientes para el cumplimiento de dichos fines⁶².

⁶⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. op. cit., Principio III. 2..

⁶¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda de Peirano Baso (hermanos) vs, Uruguay*, Informe, 14 de mayo de 2007, § 70.

⁶² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. op. cit., p. 66.

La CorteIDH, plantea una especie de método de descarte para analizar la existencia de necesidad al momento de dictar una medida privativa de libertad personal, ya que únicamente si se descarta las otras medidas menos gravosas que constan en el ordenamiento jurídico nacional como método efectivo para garantizar uno de los fines procesales, solo ahí se puede optar por la aplicación del encarcelamiento⁶³. En conclusión, este *subprincipio* expresa que el medio seleccionado para lograr un fin procesal propuesto no pueda ser remplazado por otro menos gravoso, pero de igualmente eficaz⁶⁴.

En este sentido el SIDH plantea una proyección de protección del derecho a la libertad y presunción de inocencia mucho más amplio dado que dispone a los órganos jurisdiccionales la obligación de ordenar la libertad de un procesado (aún de oficio), cuando desaparezcan los motivos que originaron la orden de privación de libertad, esto como consecuencia de la naturaleza cautelar de la medida que puede regir durante el periodo de tiempo necesario para garantizar el fin procesal⁶⁵. Por tanto, la detención no puede prolongarse por un periodo de tiempo más extendido del que el Estado pueda justificar de manera adecuada la necesidad de la aplicación de la medida, esto desde el momento

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de noviembre de 2009, § 121, *en el mismo sentido Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia, 7 de noviembre de 2004, § 180; *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997. § 77.

⁶⁴ KRAUTH, Stefan. «La prisión preventiva en el Ecuador» En *Defensoría Pública del Ecuador. serie Justicia y Defensa N.º 8*, p. 50.

⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda de Peirano Baso (hermanos) vs, Uruguay*, Informe de Fondo. 6 de agosto de 2009, § 100 y 102.

en que se decide aplicarla y también al momento de evaluar la pertinencia de su prolongación⁶⁶.

El aspecto de proporcionalidad establece que la medida restrictiva de libertad compense los sacrificios que la misma implica para los titulares del derecho a los que se les aplica tal medida⁶⁷. Es decir, la prisión preventiva debe ser proporcional respecto del fin que se busca con su aplicación al ser una medida que restringe el derecho a la libertad del procesado. En un sentido más claro, el criterio de proporcionalidad debe analizarse en dos dimensiones, la primera en relación a la prisión preventiva como medida cautelar aplicada a una persona que debe ser considerada como inocente en relación a la pena de una persona condenada y su respectivo cumplimiento que puede ser alternativo a una privación de libertad, y la segunda perspectiva referente al encarcelamiento como la alternativa más severa que tiene el Derecho penal y los fines que con ella se persigue en el caso en concreto.

Sobre la primera figura, una persona que tiene el estado de inocente, no puede recibir el mismo trato de una persona condenada, el Estado debe evitar que la medida coercitiva procesal sea igual o más gravosa para el procesado que la pena que se le impondría con una sentencia condenatoria, es decir,

⁶⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Caso Munarbek vs. Kirguistán*, Decisión, 27 de octubre de 2011, § 6.3; en el mismo sentido *Caso Kulov vs. Kirguistán*, 26 de julio de 2010, § 8.3; en el mismo sentido CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bayarri vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de octubre de 2008, § 74.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, op. cit., § 23.

respecto de conductas cuya consecuencia penal es ínfima⁶⁸, no puede aplicarse un encarcelamiento preventivo puesto que sería equiparar la situación de procesado a la de un condenado y aplicar una pena anticipada. Sobre la segunda perspectiva de proporcionalidad se dispone a los juzgadores que deben realizar un análisis pormenorizado sobre los elementos de convicción que se exponen para solicitarla y sobre los hechos que se investigan⁶⁹. Ahora bien, si se recurre a la aplicación del encarcelamiento y se desplaza la aplicación de medidas cautelares menos gravosas sin considerar la naturaleza de los hechos investigados, tal decisión se configurará como arbitraria⁷⁰.

En respeto de la proporcionalidad, no se puede aplicar la prisión preventiva cuando los hechos investigados no sean susceptibles de una pena privativa de libertad, pero inclusive, la CorteIDH en apego a su lineamiento limitador al abuso de esta medida concluye que tampoco es aplicable el encarcelamiento cuando las circunstancias del caso permitan respecto de la pena en abstracto⁷¹, suspender la ejecución de una eventual condena⁷². Este criterio de proporcionalidad debe ser considerado de manera particular en Ecuador y en muchos Estados que aplican

⁶⁸ *Ibidem*, § 122.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*, *op. cit.*, § 167.

⁷⁰ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso vs. Polonia*, Sentencia, 18 de marzo de 2008, § 55 y 56.

⁷¹ La pena en abstracto concierne a la consecuencia jurídica que el legislador establece para la conducta descrita en el tipo penal, en MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed. Buenos Aires: Editorial Reppettor, 2004. p. 734.

⁷² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda de Peirano Baso (hermanos) vs, Uruguay*, *op. cit.*, § 110.

la medida de prisión preventiva en casos de poca gravedad (delitos patrimoniales sin daños a personas o microtráfico de estupefacientes) solo con la finalidad de asegurar la comparecencia del sujeto a juicio sencillamente porque el Estado no es capaz a través de sus instituciones de garantizar la comparecencia a la justicia⁷³.

La realidad cuantitativa sobre el número de PPL en nuestro país, muestra de cuerpo entero la inobservancia por parte de los juzgadores sobre la aplicación de estándares internacionales sobre el uso de la prisión preventiva. Se puede constatar que generalmente los criterios para utilizar esta medida se fundamentan en cuestiones sustancialistas y no procesales, ya que se establece como base de una decisión de privación de libertad a la gravedad del delito que se investiga, es decir, un argumento que no persigue fines procesales, inclusive, de forma bochornosa y lamentable, la decisión de los juzgadores se fundamenta en la denominada «*alarma social*» que genera el hecho como sucede en casos de corrupción o delitos contra la integridad sexual que son mediatizados.

Sobre los fundamentos enunciados en el numeral anterior, la CorteIDH ha sido determinante y estricta al oponerse sobre la utilización de esta clase de criterios. Respecto de la gravedad del delito, se establece que de ninguna manera es justificación suficiente para dictar una prisión preventiva, pues como se

⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Guatemala, 6 de abril de 2001, § 7, 29 y 36, en el mismo sentido *Grupo de trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos*, 3 de enero de 2007. § 69.

ha manifestado a lo largo de este trabajo, el encarcelamiento preventivo es una medida cautelar y no punitiva, hacerlo, sería un adelantamiento de criterio sobre la existencia de la culpabilidad del procesado, en razón de la gravedad del delito, sin siquiera haber sido sometido a juicio, por lo tanto, se aplicaría la medida como una forma de adelantamiento de anticipada de forma desproporcional⁷⁴.

Respecto de la «*alarma social*», como fundamento para dictar una prisión preventiva, el SIDH ha sido aún más crítica, pues como se sostuvo en líneas precedentes referentes al punitivismo penal, en innumerables ocasiones la alarma o repercusión social que genera un hecho delictivo, se da por la atención y difusión mediática impuesta por los medios de comunicación, además del discurso político punitivo que caracteriza a los Estados de nuestra región, por este motivo se determina que en ningún caso se puede privar de la libertad de un ciudadano sobre la base de conceptos como peligrosidad, alarma social o repercusión social, pues son criterios que se fundan en cuestiones materiales que convierten a la medida procesal en una forma de pena anticipada⁷⁵.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo, Costas y Reparaciones, 24 de junio de 2005, § 111, *el mismo sentido* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bayarri vs. Argentina*, § 74; *Caso López Álvarez vs. Honduras*, *op. cit.*, § 96.

⁷⁵ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2012. p. 211 y ss.

Normativa del Ecuador sobre la prisión preventiva

Como se analizó en líneas precedentes, la cantidad de PPL dentro del país es sumamente elevada, lo preocupante de las cifras, es que en la última década se cuadruplicó el número de detenidos como consecuencia del discurso punitivo y el cliché de «*cero impunidad*» utilizado por los espacios políticos que ven en la cárcel un medio para aplacar los índices delictivos y peligrosidad de la sociedad ecuatoriana. A todo esto, debe agregarse la cifra de PPL sin una sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, ciudadanos encausados penalmente que se encuentran privados de libertad mientras su proceso judicial se desarrolla, cifra que haciendo al 40% de la totalidad de presos.

Además, de ese porcentaje de privados de libertad, se debe decir que, en un alto porcentaje, los procesos penales que se tramitan se deben a delitos menores contra la propiedad o delitos de microtráfico de estupefacientes⁷⁶, con lo que se evidencia dos escenarios. El primero consistiría en la criminalización del estado marginal y pobre de un grupo social, pues se sabe que esta clase de delitos son cometidos por ciudadanos con ínfima estabilidad económica o narcodependientes⁷⁷ y, lo segundo evidencia de manera directa el uso excesivo de la medida de privación de libertad preventiva.

⁷⁶ NOTICIA DE ECUAVISA. 20 de junio de 2019, véase en <https://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/nacional/501261-28-presos-ecuador-cumplen-condena-trafico-drogas>.

⁷⁷ PALADINES, Jorge. *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador*. Quito: Friedrich Ebert Stiftung, 2016. p. 27.

Estos problemas harían presumir que la normativa interna del Estado ecuatoriano está orientada a la aplicación inmediata de la prisión preventiva o que la normativa nacional está apartada o contradice el lineamiento del SIDH, sin embargo, la realidad no es esa, el problema radica en la falta de aplicación de los instrumentos internacionales por parte de los administradores de justicia, el poco respecto a la presunción de inocencia, parámetros de necesidad o proporcionalidad, la amplitud con la que se aplica esta medida y por supuesto, el discurso punitivo.

La Constitución de la República del Ecuador establece que la privación de la libertad no debe ser aplicada como regla general en un proceso judicial, y que solo puede aplicarse la medida con fines de carácter procesal como garantizar la comparecencia del procesado a juicio y para asegurar el cumplimiento de la pena⁷⁸. Adicionalmente, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en el artículo referente a la prisión preventiva establece los mismos fines procesales que establece la norma de rango constitucional, empero, añade criterios valorativos en razón de lineamientos de la CorteIDH, como elementos que permitan presumir la existencia de un delito de acción pública, elementos conducentes sobre el grado de responsabilidad del procesado ya sea como autor o partícipe, indicios que demuestren que las otras medidas cautelares son insuficientes para cumplir los fines procesales y que es necesaria

⁷⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. «Artículo. 77.- *En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena*»

la aplicación del encarcelamiento, y que la pena en abstracto de la conducta sea superior a un año⁷⁹.

Se puede apreciar con claridad meridiana que la normativa interna del Estado va en el mismo andarivel del SIDH, es así que la CorteIDH, en el caso emblemático Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez versus Ecuador, en el que lamentablemente se sancionó al Estado ecuatoriano, determinó que la privación de la libertad del procesado debe buscar un fin legítimo como no eludir la acción de la justicia⁸⁰. En este contexto se debe tomar muy en cuenta que de *lege lata*, en la normativa nacional no se establece a «*obstaculizar la investigación*» como presupuesto procesal para ordenar la prisión preventiva en contra de un procesado. En sentido estricto, dentro del país, el único aspecto que puede ser tomado como fundamento para privar de la libertad a un ciudadano de forma preventiva, es con el fin de garantizar su comparecencia a juicio y el cumplimiento de la pena.

⁷⁹ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. «Artículo 534.- *Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año*».

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, op. cit., § 103; en el mismo sentido *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, § 111.

Ahora bien, en el Ecuador es Fiscalía quien realiza el pedido para que se aplique la prisión preventiva en contra de un procesado, para realizar esta solicitud debe acreditar el fin procesal, el cumplimiento de los parámetros de necesidad y proporcionalidad y los requisitos establecidos en el artículo 534 del COIP, con el objetivo de que la prisión aplicada no se torne arbitraria. El riesgo procesal que establece la norma nacional de comparecencia o peligro de fuga, pueden ser considerados como sinónimos, sin embargo, de no acreditarse el fin procesal, la propia norma da la alternativa al juzgador de optar por medidas cautelares no privativas de libertad⁸¹.

En este sentido, se acostumbra a resaltar la intensidad del peligro procesal, según la gravedad del delito, pues la lógica haría notar que entre más consecuencia punitiva tiene el delito investigado, mayor será la incidencia sobre el procesado para tratar de eludir a la justicia, sin embargo, esta postura es contraria a lo que determina la CorteIDH, ya que se aplicaría un criterio sustancial y no procesal, además se adelantaría el criterio sobre la culpabilidad del procesado, por ende se vulnera de forma directa la presunción de inocencia, *ergo*, de no existir el riesgo de eludir a la justicia, no se puede justificar la prisión, pues no se puede automatizar la gravedad de pena con peligro procesal.

Adicionalmente, no debe confundirse la acreditación del riesgo procesal, con la sola exposición de elementos de convicción sobre el hecho investigado, es decir, es insuficiente la exposición de elementos que demuestren la presunción del cometimiento de un delito si no se evidencia con ello el peligro

⁸¹ KRAUTH, Stefan. La prisión preventiva en el Ecuador. En *Defensoría Pública del Ecuador, serie Justicia y Defensa N.º 8, op. cit.*, p. 56.

procesal. En un sentido más amplio, para el pedido y la aplicación de la medida cautelar, debe existir elementos objetivos dentro de la investigación que demuestren la existencia de un peligro procesal, más no material; con esta base también el solicitante y juzgador está en la obligación de analizar si respecto de este peligro procesal, las medidas cautelares menos gravosas, son insuficientes para obtener el fin⁸², excluyendo cualquier valoración de carácter subjetivo⁸³.

La Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, que entrará en vigor en el mes de junio del 2020 en el Ecuador, plantea una modificación a los presupuestos del artículo 534 vigente, mismo que limita aún más la solicitud del pedido de prisión preventiva y plantea aún con mayor rigurosidad la motivación que debe realizar el solicitante de la medida, pues dentro del texto se aprecia algunos cambios que consisten en:

*“Artículo 534. 2.- Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. **En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.***

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son

⁸² Requisito de proporcionalidad, en SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Caso de Vicente Silva Checa*, N.º de Expediente 1091-2002- HD/TC, 12 de agosto de 2002, § 16.

⁸³ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. p. 265.

insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

(Las negrillas pertenecen al autor)

De lo que se aprecia, el numeral dos añade al texto vigente que no es suficiente plantear una solicitud de prisión preventiva con la sola exposición de indicios de responsabilidad, por ende debe existir indicios referentes a la existencia de un peligro procesal que determine con un alto grado de certeza, que el encausado no cumpliría con los fines procesales, además en el tercer inciso, se obliga al solicitante demostrar el parámetro de necesidad sobre la insuficiencia de las medidas cautelares alternativa, y esto se debe realizar con una base de elementos objetivos existentes en el proceso investigativo.

Conclusiones

El discurso punitivo y la política no debe tener injerencia sobre la administración de justicia de carácter penal.

El número de presos dentro del Ecuador ha crecido exponencialmente en los últimos 10 años, como consecuencia de abusivo uso de la prisión preventiva dentro de los procesos penales.

El pedido de prisión preventiva, así como la resolución emanada por el órgano jurisdiccional, debe cumplir estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mismos que plantean el respeto a la presunción de inocencia, a la necesidad y proporcionalidad.

La prisión preventiva es una medida cautelar que persigue fines procesales y no sustantivos, por tanto, no podrá dictarse el encarcelamiento preventivo en base a supuestos de peligrosidad, gravedad del delito investigado o alarma social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS

ASENCIO, José María. *La prisión provisional*. Madrid: Civitas, 1987.

_____. «La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú». *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1993.

BUENO ARMIJO, Antonio y Manuel, RODRIGUEZ. «El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares ¿Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña» en *Revista de Administración Pública*. N.º 127. Madrid, 2007.

CAFFERATA, Nores José. *La excarcelación*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CARRANZA, Elías. Visión empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia en América Latina, en Las reformas al sistema de justicia penal en Japón y en América Latina, logros, problemas y perspectivas, ILANUD/Naciones

Unidas, Agencia de Cooperación Internacional de Japón, JICA, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, San José de Costa Rica, 2011.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. vol. 2. Bogotá: Temis, 1957.

CASTRO, San Martín. *Derecho Procesal Penal*. vol. 2. , Lima: Grijley, 2003.

CHIARA DÍAZ, Carlos. «Resultado de Algunas Reflexiones sobre la Libertad y el Proceso Pena». *Revista El Derecho* N.º 94. Madrid, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 4.^a ed. Madrid: Trotta, 2005.

FOUCAULT, Michel. *La sociedad punitiva*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica Argentina, 2016.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y Kai AMBOS. *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. t. 1. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011.

GARRONEO, José Alberto. *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, Jorge. «Debido proceso y prisión preventiva, Una lectura constitucional del encierro procesal». *Revista Pensamiento Penal*. 2011.

- HASSEMER**, Winfried. «Derecho penal simbólico y la protección de bienes jurídicos». *Pena y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- _____. Klaus, LUDERSSEN y Wolfgang NAUCKE. *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg: Mueller Juristischer Verlag, 1983.
- HORVITZ LENNON**, María Inés y Julian LÓPEZ MASLEO. *Derecho Procesal Penal*. t. 1. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2002.
- JESCHECK**, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. 5.^a ed. Granada: Editorial Comares, 2002.
- KEES**, Juan. «La peligrosidad en las medidas personales de coerción». *Revista Pensamiento Penal*, Río Negro, 2011.
- KRAUTH**, Stefan. «La prisión preventiva en el Ecuador». *Defensoría Pública del Ecuador, serie Justicia y Defensa* N.º 8. Quito: Defensoría Pública, 2018.
- LA ROSA**, Mariano. «Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos» *Revista Pensamiento Penal*. 2016.
- LARENZ**, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.
- LLOBET RODRÍGUEZ**, Javier. *La prisión preventiva. Límites Constitucionales*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010.

- MAIER, Julio.** *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos, el Derecho procesal penal como fenómeno cultural.* t. 1. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.
- MIR PUIG, Santiago.** *Derecho Penal. Parte General.* 7.^a ed. Buenos Aires: Editorial Reppetor, 2004.
- MORA SÁNCHEZ, Jeffry.** «Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad». *Acta Academia.* N.º 54. Granadilla: Universidad Autónoma de Centro América, 2014.
- NEYRA, José.** *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral.* Lima: Idemsa, 2010.
- PALADINES, Jorge.** *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador.* , Quito: Friedrich Ebert Stiftung, 2016.
- PEREZ LÓPEZ, Jorge.** «El peligro procesal como supuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva» *Derecho y Cambio Social.* N.º 36. Lima, 2014.
- ROXIN, Claus.** *Derecho Procesal Penal,* Traducción de la 25.^a ed. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.
- SUPERTI, Héctor Carlos.** «La peligrosidad criminal y la libertad del procesado». *Revista Jurídica Argentina la Ley* N.º 1996-D. Buenos Aires: Editorial La Ley Editora e Impresora, 1996.

SENTENCIAS E INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Demanda de Peirano Baso (hermanos) vs, Uruguay, Informe. 14 de mayo de 2007.
- Demanda de Usón Ramirez vs. Venezuela, Informe de Fondo. 14 de marzo de 2008.
- Grupo de trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos. 3 de enero de 2007.
- Guía Práctica para reducir la prisión preventiva. 2017.
- Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Documento 46/13, de 30 de diciembre de 2013.
- Quinto informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Guatemala, 6 de abril de 2001.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 14 de marzo del 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

- Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de Fondo, Costas y Reparaciones. 24 de junio de 2005.
- Caso Carranza Alarcón vs Ecuador. 19 de marzo de 2020.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007.
- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de noviembre de 2009.
- Caso Bayarri vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de octubre de 2008.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de Fondo. 18 de agosto de 2000.
- Caso Cesti Hurtado vs. Perú, Sentencia de Fondo. 29 de septiembre de 1999.
- Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Sentencia de Fondo. 16 de agosto de 2000.
- Caso Gangaram Panday vs. Surinam, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de enero de 1994.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas, Sentencia de Fondo. 25 de noviembre de 2005.

- Caso Godínez Cruz vs. Honduras Sentencia de Fondo. 20 de enero de 1989.
- Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de febrero de 2006.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de noviembre de 2005.
- Caso Mario Montesinos vs. Ecuador, Sentencia. 27 de enero de 2020.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de Fondo. 12 de noviembre de 1997.
- Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Sentencia de Fondo. 21 de septiembre de 2006.
- Opinión Consultiva 6/86. 9 de mayo de 1986.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Kimmache vs. France, Sentencia. 24 de noviembre de 1994
- Caso Müller vs. Francia, Sentencia de Fondo. 17 de marzo 1997.
- Caso Panchenko vs. Rusia, Sentencia de Fondo. 8 de febrero de 2006.

- Caso Piruzyan vs. Armenia, Sentencia Final. 26 de junio de 2012.
- Caso Wintererp vs. Países Bajos, Sentencia, 24 de octubre de 1979.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

- Caso Kulov vs. Kirguistán. 26 de julio de 2010.
- Caso Munarbek vs, Kirguistán, Decisión. 27 de octubre de 2011.
- Caso Womah Mulong vs. Camerún, Sentencia. 21 de julio de 1994.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

- Caso de Vicente Silva Checa, Sentencia. N.º de Expediente 1091-2002-HD/TC, 12 de agosto de 2002.

LEYES Y CÓDIGOS

- Constitución de la República del Ecuador
- Código Orgánico Integral Penal

PÁGINAS WEB

- Noticia de *ecuavisa*, 20 de junio de 2019.
<https://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/nacional/501261-28-presos-ecuador-cumplen-condena-trafico-drogas>

INFORMES ACADÉMICOS

- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago de Chile, 2012.

EJECUCIÓN PENAL Y
DETERMINACIÓN CUANTITATIVA DE LA PENA.
HACÍA UNA DOGMÁTICA DE LA PRISIÓN

**EJECUCIÓN PENAL Y
DETERMINACIÓN CUANTITATIVA DE LA PENA.
HACÍA UNA DOGMÁTICA DE LA PRISIÓN¹**

PABLO ANDRÉS VACANI²

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES – ARGENTINA

RESUMEN:

El trabajo pretende generar una nueva teoría penal relativa a las consecuencias jurídicas del delito, cuestionando el modo en que se ha estructurado – solo en términos formales- la ejecución penal en forma independiente a las condiciones de castigo. Mientras que las teorías de la cuantificación penal ensayaron la contención de un poder punitivo que determina certeza en cuanto a la mensura legal, el trabajo viene a sostener que la modalidad ejecutiva de castigo al ser más gravoso altera justamente tales límites que determinaron su imposición y, a la vez, ello permite variar la dimensión cuantitativa. Esta situación exige que aquel proceso de la fase ejecutiva de la pena no sólo se define en tiempo lineal, sino que éste pueda implicar modificaciones cualitativas susceptibles de revisión en la pena impuesta.

¹ Artículo presentado por el autor el 13 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 26 de junio de 2020.

² Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Doctor en Derecho penal. Defensor Público de la Provincia de Buenos Aires. orcid.org/0000-0001-7716-2866

PALABRAS CLAVE:

Pena, ejecución, cuantificación, cárcel

ABSTRACT:

The work aims to generate a new criminal theory regarding the legal consequences of the crime, questioning the way in which criminal execution has been structured - only in formal terms - independently from the conditions of punishment. While the theories of penal quantification try to contain a punitive power that determines certainty in terms of legal measurement, this paper argues that the executive mode of punishment, being more burdensome, alters precisely those limits that determined its imposition and, at the same time, this allows the quantitative dimension to be varied. This situation requires that the process of the executive phase of the sentence is not only defined in linear time, but that it can also involve qualitative changes that can be reviewed in the sentence imposed.

KEYWORDS:

Penalty, execution, quantification, prison

I. Definición del problema

El principio de estructuración de la política penitenciaria de los últimos (al menos veinte) años aparece ajeno a una terapéutica de los sujetos desviados, sino más bien ligada al resultado de una gestión de poblaciones de riesgo, cuya situación de «crisis» es indicada por el propio Estado. Ello avisora directas relaciones entre castigos cualitativamente más gravosos y, por otro, imposibilidades estructurales y subjetivas tendientes a alcanzar la serie de requisitos legales que el proceso de ejecución suele imponer al condenado.

Si algo caracteriza a los sistemas penitenciarios es la evidente disparidad entre el ejercicio programado de poder –relativo a normas de trato o restricciones de derechos- y la capacidad operativa para garantizar un trato resocializador. No obstante, el reproche por su cumplimiento sólo resulta juzgable a los condenados durante el proceso de la ejecución penal.

En uno y otro aspecto, la administración de justicia durante la ejecución penal no suele responder al modo en que el Estado castiga cuando se trata de analizar las libertades requeridas durante el proceso ni al estado de la unidad penitenciaria que aloja o alojó a la persona durante ese trámite. Este sistema de legitimación consiste en no evaluar de qué manera la institución ha garantizado un trato digno, si se han respetado los límites en la restricción de derechos o, en caso de restringirlos, si fue o no en forma arbitraria. Son tenues los análisis respecto si en el proceso temporal para evaluar una libertad asistida o condicional, se aplicaron torturas y/o tratos crueles en forma reiterada o continua, y, como corolario de ello, si el propio evaluador ha imposibilitado que se sorteen las formas de premialidad impuestas por el régimen progresivo.

El escaso desarrollo por el derecho penal, la distancia de la doctrina como las interpretaciones literales de los textos y la única relación con el *deber ser* de la pena, ha colaborado en los niveles de impunidad que en esta parte del proceso se manifiestan, al punto de lograr distinguir la crueldad de las prisiones y la estructura legal de la ejecución penal y diferenciarlo como procesos que no se relacionan unos de otros. Lo que se plantea en acciones colectivas o individuales de *hábeas corpus*, la cantidad de demandas relegadas por los presos y presas y las condiciones carcelarias en que cumplen sus penas, no se representan como efecto de su cumplimiento ni cobran relevancia en el proceso de ejecución.

Por lo tanto, la representación de *qué condiciones carcelarias definen la ejecución de la pena en cada trámite y cuantas restricciones de derechos la vuelven más gravosa*, ha permanecido negada. La capacidad de respuesta sólo ha estado sujeto al interés del Estado y, por tanto, la interpretación legal sólo se delimitó a aquella pena formal que el texto legal representa y la institución informa, identificando la sanción impuesta con la pena ejecutada sujeto a una matriz de objetividad jurídica impuesta por el tiempo lineal que regula la interpretación del proceso resocializador en plazos preestablecidos por el legislador (mitad de la condena, dos tercios, etc...).

Entiendo que el tema adquiere un altísimo nivel práctico cotidiano y el silencio en torno al problema ha venido a consolidar la relativa autonomía del poder penitenciario con las normas jurídicas, escenario que rige desde la transición democrática hasta entonces, una estructural impunidad sobre los hechos de violencia que definen los sistemas

penitenciarios³, cuando éstos no aparecen en la escena jurídica ni en los procedimientos con la misma relevancia que las discusiones y producciones existentes sobre su sanción formal y el sistema del hecho punible⁴.

Se revela la necesidad de tratar las prácticas ejecutivas de las penas como opuesto al modo en que son legítimamente concebidas, partiendo en la elaboración de un sistema de deslegitimación; *concebir como principio general que la cuantificación primaria sufre los desfases que generan las innumerables contingencias que rodean la ejecución de una pena restrictiva de libertad*⁵. De este modo, consideramos que el objeto de conocimiento jurídico debe atender al trato punitivo y las condiciones carcelarias que define su contenido durante el proceso vivencial en prisión, revelando aquellas manifestaciones que suelen evidenciarse como faltantes al límite formal del poder punitivo que se había fijado por la retribución legal en la sentencia.

Es por este sistema que resultaría posible generar menores niveles de impunidad con la que se aplican los sistemas

³ Sobre ello, inicialmente cfr. BERGALLI, R. «Oposición entre el sistema democrático futuro y la actual legislación penitenciaria en la República Argentina». En *Nuevo Foro Penal*. N.º 4. 1978; También, LAFERRIÈRE, M. y H., LEIS. *Cárcel y democracia: un debate necesario*. Buenos Aires: Centro editor de América Latina, 1990.

⁴ Al respecto cfr. FILIPPINI, L. *La prisión y el discurso penal*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) *Papers* 79, 2010.

⁵ En tal sentido, véase trabajo de SLOKAR, A. «Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa)». *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal*. VACANI, P. (dir.). Buenos Aires: Ad Hoc, 2019.

penitenciarios y la forma en que formalmente se lo suelen considerar en la administración de justicia, integrando ello a una estructura de conocimiento que posibilite regular mediante ciertas garantías sustantivas y procesales las manifestaciones cualitativas que la pena tiene durante su ejecución.

II. Propósitos

El llamado urgente a una doctrina penal que no ha abordado en forma suficiente el momento más relevante de la aplicación del poder punitivo no es nada nuevo⁶. El propósito de procurar ciertos dispositivos conceptuales que se integren a un novedoso sistema metodológico nos llevó al célebre texto «En busca de las penas perdidas» de ZAFFARONI (1989), realizando diversos seminarios que concluyera con el video de transferencia de resultados a cargo del propio Raúl como director del proyecto⁷. En ese libro, la referencia a las «*peines perdues*», que su autor utilizara parafraseando al libro de Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, identificaba la misma situación del presente: una arbitraria delimitación discursiva que elude confrontar la «crisis» de legitimación.

El hecho de intentar nuevas estructuras metodológicas y componente conceptuales que otorguen mayor racionalidad a la aplicación de la ley frente a las condiciones carcelarias que la

⁶ RIVACOBA y RIVACOBA, M. «El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza». En *Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe*. 3-4,1965.

⁷ cfr. AA. VV. «La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena». *Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación - Proyecto UBACyT 2011-2014*.
www.derecho.uba.ar

rigen, deben integrar no sólo la consideración de los principios que rigen las cláusulas convencionales (art. 5 y 7 del Pacto Regional, por ejemplo) sino también definir mecanismos que los garanticen en el proceso de ejecución. Se trata de poder ampliar ese proceso al contenido de los derechos de las personas privadas de libertad y por otro lado, que incorpore un nuevo proceso de información que reduzca la visión legítima del sistema, por la que sucede a diario en una unidad penitenciaria.

En este trabajo pongo énfasis en descubrir algunos elementos de la Teoría de la Ejecución Penal desde el momento de su determinación judicial, para partir de forma crítica a la abstracción que la doctrina tradicional tradujo a un bucólico reparto de tareas identificando la sanción legal con la ejecución administrativa⁸, sin atar la realización ejecutiva a las condiciones formales que limitaron su contenido en sede judicial y por otro, sólo vincular la sanción formal a una visión idealista y dogmática de sus fundamentos y no de las formas concretas de su aplicación.

Parto en definir una teoría de la ejecución penal mediante la siguiente tesis: la cantidad de pena que fuera medida respecto de ciertos elementos objetivos y subjetivos con relación al hecho punible y la culpabilidad del autor se encuentra directamente relacionada a las características que ha de tener la ejecución, en tanto esa pena *-justa-* no se traduce sólo a la impuesta por el pronunciamiento condenatorio sino que su naturaleza no podrá

⁸ SALEILLES, R. *La individualización de la pena. Estudios de Criminalidad social*. Madrid, 1914; SOLER, S. *Derecho penal argentino*. t. II, 1940, p. 416; CHICHIZOLA, M. *La individualización de la pena*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1967.

ser modificada por la forma de su ejecución; por ende, esa pena que de acuerdo al fin de su ejecución debe ser una pena útil, por ende, debe excluir una pena más gravosa.

Por lo tanto, las variables cualitativas de una pena ejecutada con restricciones arbitrarias al sistema de derechos que amparan el ámbito de reserva de toda persona detenida deben integrar un sistema de consecuencias jurídicas negativas, que deben ser equiparables en el proceso de ejecución, a aquellas positivas por exclusión.

Conociendo no sólo el alcance de los derechos fundamentales, sino también las actividades de realización que el Estado debe tener para garantizar, por un lado, un trato digno *-no lesivo-*, y por otro, uno resocializador *-no deteriorante o evolutivo-*, el agente jurídico deberá conocer en el proceso de qué modo esa calidad que la pena fue adquiriendo en la ejecución pueden tornarse más gravosa y distorsionar la garantía de aquel pronunciamiento.

En igual sentido, la misma tesis: la ejecución de la pena que se dirige a cumplir con cierta finalidad debe corresponderse en forma previa con un trato que ha garantizado la realización de derechos; *a posteriori*, deberá interpretarse todo aquel proceso relacionado a la capacidad de realización de un posible tratamiento penitenciario.

III. El derecho de ejecución penal limitador de la política penitenciaria: problemas de su ausente distinción y carencia de sistematización

La naturaleza y caracteres de la ejecución penal fueron tradicionalmente considerados como aquellos presupuestos jurídicos de una relación punitiva entre Estado y condenado, consistente «*en la obligación por parte del condenado del conjunto de obligaciones y deberes que le impone la sanción [desde] la creación del título ejecutivo que constituye la sentencia como presupuesto de procedibilidad*»⁹. Entonces, a partir de aquí, se concibió que «*la potestad del Estado es absoluta, dentro de los límites de la ley, para exigir el cumplimiento de esta obligación, potestad que se actúa mediante la función administrativa*»¹⁰.

El desarrollo de la ciencia penitenciaria y la Criminología bajo la influencia del positivismo no se detuvo en reconocer esas lógicas diferencias entre la facultad del Estado de imponer el castigo y el sistema de límites que el derecho de ejecución penal le debe imponer. Por el contrario, dio un paso adelante pretendiendo un movimiento inverso en el que el Derecho Penal pasaría a constituir un instrumento secundario respecto del momento ejecutivo.

En igual sentido, los procesos de encarcelamiento masivo a disidentes políticos y sociales desarrollados en nuestro país

⁹ LUDER, I. «El sistema jurídico de la ejecución de las penas». *Cuadernos de Criminología*. N.º 6. Universidad Nacional de La Plata: Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológica, 1959. p. 17.

¹⁰ *Ibidem*, con cita en MANZINI, V. *Tratado de Derecho penal*. t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1949. p. 54.

desde 1930¹¹, ligado al proceso de ampliación de la administración penitenciaria¹² y de su autorregulación con la sanción de su Ley orgánica en 1967 (Ley 17.236) y, más tarde, la vigente en 1973 (Ley 20.416), delimitó una estructura penitenciaria con significativo poder respecto de su regulación normativa y autorregulación disciplinaria¹³.

Durante este tiempo, la ejecución penal se concibió como una disciplina ausente del desarrollo científico del Derecho penal y procesal penal, cuyos principios e institutos pretendieron ser concebidos en el dominio jurídico- administrativo¹⁴. Tal es así

¹¹ SILVA, J. «Las reformas penitenciarias en la Argentina del siglo XX». En *Jornadas Crimen y sociedad: diez años de estudios sobre Policía, Delito y Justicia en perspectiva histórica*; también: *Las políticas penitenciarias del Estado Nacional entre 1930 y 1960*. Disponible en: <http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar>. Del mismo autor, «El sistema penitenciario del Estado Nacional entre 1930 y 1943». En SALVATORE, R. y O. BARRENECHE. (edit.) *El delito y el orden en perspectiva histórica*. Rosario: Prohistoria ediciones, 2013.

¹² DE LUCA, D. y S., MALAGNINO. «Reconstrucción histórica del archipiélago carcelario federal». En *Privación de Libertad*. Buenos Aires: Didot, 2016; también, D'ANTONIO, D. y A. EIDELMAN. *El sistema penitenciario y los presos políticos durante la configuración de una nueva estrategia represiva del Estado argentino (1966-1976)*. Entrepasados, Dossier, 2010.

¹³ Cfr. GARAÑO, S. *El tratamiento penitenciario y su dimensión productiva de identidades entre los presos políticos (1974-1983)*, Entrepasados, Dossier, 2010, pp. 113-140; BARBERIS, D. «Testimonios del "otro" país». En *Los Derechos Humanos en el otro país*; CESARONI, C. *Masacre en el pabellón séptimo*. Tren en Movimiento, 2013. pp. 61 y ss.

¹⁴ Refería LUDER «La distinta naturaleza de la ley ejecutiva con respecto al derecho penal se advierte, también, en los distintos principios que rigen la interpretación de ambos complejos normativos. Por de pronto no rige el principio tradicional en el derecho penal, de la *lex favorabilior* – la ley más favorable- sino el de la *lex aptior*, la ley más idónea para el cumplimiento

que, según GONZALEZ BUSTAMENTE, el derecho penitenciario «es el conjunto de normas para la ejecución de sanciones, de acuerdo con los fines jurídicos y sociales, que impone el Estado al realizar su función punitiva»¹⁵. Ya el propio PAZ ANCHORENA sostenía con anterioridad, que la Ciencia Penitenciaria «se ocupa de las funciones asignadas a la pena en las sociedades modernas, así como de organizar prácticamente la adaptación de las penas a esas funciones»¹⁶.

En contrapartida a un discurso jurídico que empodere al poder judicial respecto de la evaluación y el control de las políticas penitenciarias, sucedió lo contrario: existió un enclave peligroso y propio de un derecho penal de autor que dominó la interpretación de las leyes, limitadas a su exégesis y negando la materialidad carcelaria¹⁷. El propio JULIO ALTMANN consideraba al Derecho Penitenciario como aquella disciplina que «establece

de la finalidad de ejecución». LUDER, I, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ GONZALEZ BUSTAMANTE, J. *Principios de Derecho procesal penal mexicano*. México: Porrúa, 1959. p. 317.

¹⁶ Agregaba que «Es jurídica en su base, pedagógica en sus medios y social en sus fines. Comprende el estudio de las penas propiamente dichas, el de las medidas de seguridad y el del patronato post-carcelario». PAZ ANCHORENA, J. M. *Curso de Derecho Penal*. t. III, Argentina: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Jurídico, 1940. p. 7.

¹⁷ En este sentido, para BOVINO el problema no es legislativo, cfr. BOVINO, A. «Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos». En *¿Más Derecho?* N.º 1. Buenos Aires: Di Plácido, 2000. Con anterioridad, RIVERA BEIRAS plantearía el modo en que la interpretación jurídica de la restricción de los derechos consagraría que éstos fueran ciudadanos de «segunda categoría». Con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Superior Constitucional, RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J.M.Bosch. 1997.

la doctrina y las normas jurídicas de la defensa social después de la sentencia»¹⁸.

De tal modo, en correspondencia con las funciones del servicio penitenciario (definida por la Ley 20.416 como «*fuera de seguridad de la Nación*»), el sistema jurídico acudió a la red conceptual de la administración cuyas racionalizaciones derivaron del interés a limitar la evaluación del cumplimiento de esta, sujeto a una manifestación formal de la pena que sólo fuese delimitado por el contenido textual de la legislación.

Dicha red tuvo su principal difusión editorial en la Revista Penal y Penitenciaria desde 1936, en los albores de su centralización administrativa a cargo de Juan José O'Connor, artífice de la Ley 11.833 de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, en conjunto con el posterior desarrollo de una doctrina estrictamente relacionada a las políticas estatales de castigo, cuya administración ocuparían Paz Anchorena, Roberto Pettinato, Ítalo Luder (en Provincia de Buenos Aires)¹⁹ y Juan Carlos García Basalo (a cargo de la Escuela Penitenciaria de la Nación desde 1962), ligados a un proceso de recepción y transmisión de conocimientos que

¹⁸ ALTMANN SMYTHE, J. «Derecho penitenciario» *Revista Penal y de Tutela*, Año I, vol. I, 1946. p. 36.

¹⁹ En 1951, LUDER crea la cátedra de Derecho Ejecutivo Penal en la Universidad Nacional de La Plata, dando impulso a la autonomía didáctica de la materia. Esa cátedra se instituye en el Curso de Especialización para graduados, creado en 1943, cuando el director del Instituto era LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. En ese tiempo, LUDER era director de los establecimientos penales de la Provincia de Buenos Aires y crea el Instituto de Investigaciones y Ciencias Criminológicas, que redactara el proyecto de la Ley de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires en 1950 (Ley 5619).

trascendió a redes transnacionales de estricto saber jurídico-penitenciario²⁰.

Tal discurso se ha caracterizado por unir la propia regulación jurídica, fomentada y sancionada por el propio impulso de aquellos expertos relacionados al penitenciarismo con los procesos de su difusión y comentarios, atribuidos a una interpretación exegética y formal de la misma²¹. Por lo tanto, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se consideró que la mejor doctrina era la que consideraba al Derecho penitenciario, en lo fundamental, una rama del Derecho Administrativo.

Este proceso doctrinario, por lo tanto, se ha caracterizado por no supeditar ello a un análisis sistemático de los principios jurídicos que regulan el derecho penal material, ni tampoco provocar injerencia crítica respecto de la realidad de los métodos punitivos aplicados que contradiga su racionalidad práctica. En uno y otro aspecto, no se han postulado soluciones normativas a problemas cotidianos en la justicia de ejecución penal que permita dar respuestas reales y prácticas a la realidad carcelaria,

²⁰ NUÑEZ, J. y L. GONZALEZ ALVO. «El porvenir del pasado penitenciario. Sobre la construcción de una agenda de trabajo para la historia de la prisión en Argentina (1860-1950)». En *Research Paper Series*. N.º 2015-06. También ver: NUÑEZ, R. «La reforma peronista vista desde España: análisis de la gestión de Roberto Pettinato». *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Madrid, 1947-1958)*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N.º LXIX, 2016.

²¹ cfr. GARCÍA BASALO, J.C. *Régimen penitenciario argentino*. Buenos Aires: El jurista, 1975; con anterioridad AFTALIÓN, E. y J. ALFONSÍN. *La Ejecución de las Sanciones Penales en la República Argentina*, Talleres Gráficos de la Dirección General de Institutos Penales de la Nación, 1953; en igual sentido, NEUMAN, E. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.

sino contrariamente, discursos eficaces sobre procesos cada vez más marcados en la excepcionalidad legal²².

De tal modo, la dimensión jurídica ejecutiva de la pena quedó estrictamente vinculado a la eficacia de la administración²³, no sólo por la ausencia de desarrollo de un método cuyos filtros jurídicos limiten el discurso penitenciario relacionado a sus intereses (el uso de los pronósticos de reinserción, la decisión en torno a la existencia de una sanción disciplinaria, las facultades para determinar el traslado o cambio de régimen), sino de todo un esquema interpretativo de las leyes y el régimen progresivo, con escaso control y límite a la restricción de los derechos a favor de la administración.

Aunque, luego de la reforma constitucional de 1994, la doctrina comenzó a elaborar ciertas nociones conceptuales relativas al programa que delimita el derecho internacional y las normativas de trato²⁴, lo cierto es que *la ejecución de las*

²² Sin dudas, el primer trabajo que se destaca en la descripción de tales prácticas al interior de la prisión comienza en 1968 con NEUMAN e IRURZUN. *La sociedad carcelaria*. aunque no supeditado al análisis normativo, como antes lo hiciera en su tesis *La prisión abierta*. 1962. Asimismo, MARCÓ DEL PONT en su obra *Penología y sistemas carcelarios*. t. I. Depalma, 1974. Introduce por primera vez la temática «Problemas Carcelarios» (cap. IV.) tras realizar el desarrollo de la legislación argentina.

²³ Sobre este proceso en la última dictadura y transición democrática, cfr. BARBERIS, D. «Testimonios del otro país». En *Los derechos humanos en el otro país*. Buenos Aires: Punto Sur editores, 1987; FRAGOSO, H. «El derecho de los presos (Los problemas de un mundo sin ley)». En *Doctrina Penal*. Año 4. Buenos Aires, 1981; también CESARONI, C. *Masacre en el pabellón séptimo*. Buenos Aires: Tren en movimiento, 2013.

²⁴ Se destaca, inicialmente CESANO, J. D. *Los objetivos constitucionales de*

consecuencias jurídicas del delito aún no fue desarrollada mediante una estructura analítica que delimite el esquema de análisis de la ley con la coherencia del sistema dogmático relativo al fin de la sanción y su contenido estrictamente jurídico.

Por lo tanto, puede decirse que se carece de un sistema jurídico que traslade la exclusividad del sentido positivo de la ejecución respecto de sus consecuencias jurídicas (conducta, concepto o pronóstico de reinserción social), a otro por la responsabilidad del Estado con relación al modo en que lo dificulta. Dar una respuesta realista a cómo se aplica la pena respecto a la capacidad de los sistemas penitenciarios, de qué modo se traduce la acción antijurídica del Estado al no cumplir con su posición de garante y de qué forma el Estado debió responder con respecto a los fines que se le imponen, deben constituir los presupuestos de un sistema normativo coherente con el programa constitucional de la ejecución penal.

IV. Necesidad de reelaboración en una teoría de la ejecución penal

Casi a mediados de siglo pasado, ÍTALO LUDER definía a la naturaleza del derecho ejecutivo penal como objeto de conocimiento de la «*política penitenciaria que formula los fines de las instituciones destinadas a la ejecución de las penas privativas de la libertad y la mejor de sus posibilidades para el cumplimiento de tales fines*»²⁵ y al derecho penitenciario como: «*el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de*

la ejecución penitenciaria. Córdoba: Alveroni ediciones, 1997.

²⁵ LUDER, I. «Derecho ejecutivo penal». En *La Ley*. publicado el 20 de mayo de 1958, en *Anales de Legislación Argentina*, N.º 3. p. 2.

las penas privativas de libertad, a partir de que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución»²⁶.

Esta raíz conceptual y doctrinal, que poco fuera interpelada, refleja profundas diferencias en cuanto al contenido y límites que la ejecución de la pena debe tener para el Estado de derecho y el sistema de principios que definen el programa constitucional de la ejecución penitenciaria en democracia. Justamente, la diferencia se enfrenta a la circunstancia de que toda política penitenciaria es parte de la política criminal del Estado y éste, como proceso no relacionado a los sistemas legales que lo evalúan y le imponen exigencias, no puede integrar justamente su concepto ni naturaleza.²⁷

Cualquier ejemplo cotidiano de la ejecución penal evidencia que el poder penitenciario, el que puede torturar, no tratar, excluir, enfermar o matar en una prisión puede ser parte de una política penitenciaria, como también lo puede ser las mayores restricciones reglamentarias a la vigencia de los derechos fundamentales. Lo contrario, ha permitido sostener diversas ficciones que continúan reproduciendo las resoluciones judiciales, entre las cuales pueden destacarse cuatro:

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Sobre la distinción entre Derecho penal y poder punitivo ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 3 y ss; También, sobre la distinción entre política criminal y Derecho penal, BINDER, A. *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. Más exhaustivamente, en su tesis doctoral *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

- a. La prisión es equivalente a la privación de libertad y por lo tanto, funciona sobre los fines que la ley plantea;
- b. El tiempo de prisión es asimilable a la duración cronológica del tiempo social;
- c. El espacio de prisión está determinado sobre las condiciones de orden y disciplina que protege la ley; y,
- d. El tiempo de la pena es proyectivo, supone a la persona detenida como sujeto que vive y se desarrolla positivamente en prisión, en miras hacia su reintegración social

Por un lado, la política penitenciaria no puede constituir el saber jurídico de la ejecución ni tampoco sus finalidades de defensa social justificar las razones de su imposición. El saber de ejecución penal, por el contrario, es más amplio que el de la ley penitenciaria y debe *comprender todas aquellas herramientas conceptuales que integra el conocimiento de la realidad penitenciaria en sus manifestaciones legales e ilícitas, con el objeto de pretender delimitar diversas funciones respecto de sus consecuencias jurídicas, evitando imponer efectos jurídicos relativos a la aplicación de penas legales cuando, en realidad, se han vuelto ilícitas por la forma de cumplimiento.*

Si bien las normas penitenciarias son normas participativas, por cuanto se dirige a la comunidad social con la finalidad de implantar un régimen penitenciario, su formalización jurídica indica que su contenido no puede realizarse al sólo interés de esa política penitenciaria, debiendo integrarse al contenido de la norma penal, la sentencia condenatoria, la medida penal y todo el sistema de principios que la han determinado. Este proceso de ejecución penal debe habilitar una discusión jurídica respecto

del modo en que tales principios relativas a la definición de la sanción se implementan y regulan las modalidades de ejecución y las prácticas carcelarias.

Por ello, el carácter estrictamente jurídico de la autonomía penitenciaria se integra en evaluar las condiciones en que el Estado castiga y la forma legítima que la sentencia consagra respecto de sus consecuencias jurídicas y las manifestaciones del comportamiento del penado respecto de aquellas condiciones impuestas (favorables o desfavorables). Por lo tanto, la teoría de la ejecución penal debe integrar aquellas funcionalidades y disfuncionalidades sistemáticas de la función punitiva, y asimismo, incorporar sanciones jurídicas como parte del debido proceso penal, atendiendo no sólo al contenido positivo del trato penitenciario sino también a los casos en que la actividad del Estado ha sido omisiva o antijurídica respecto de la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esto quiere decir que la ejecución penal no es un acto de «*mera individualización administrativa*», sino que define una nueva relación jurídica entre la determinación de la sanción y la forma de su individualización penitenciaria, analizando las formas de castigo si supera o no la realización de un trato digno o si lo supera con otro resocializador o, rechazando ambos, el trato es meramente inocuizador. De tal modo, de acuerdo con las variables impuestas a cada caso, se deberá determinar sus características propias y definir sus consecuencias jurídicas en el régimen progresivo de la pena.

Por lo tanto, de acuerdo a este sistema, la ejecución penal responde a una autonomía relativa que encuentra en el Derecho penal sus bases fundamentales, en tanto es durante la ejecución

penal que debe justificar el modo de su imposición y la cantidad definida de pena, atendiendo a la «cárcel» en sus condiciones reales y concretas, no según a lo que debería ser (presupuesto abstractos que han delimitado las ideas de prevención general y especial) sino a lo que es. Se propicia entonces un cambio de eje analítico que corresponda a una relación jurídica entre condenado y Estado, sin exclusivamente someter al primero a ciertas obligaciones, *debiendo a priori excluir cualquier actuar antijurídico del Estado respecto a la forma de imposición del castigo y sus políticas penitenciarias.*

De esta relación, *no se trata de que el saber de la ejecución penal realice la política penitenciaria sino, contrariamente, que compense y atenué el daño de la ejecución de la pena* si ésta no se ha correspondido con la garantía de la sentencia misma y ni respondido a los estándares de trato definido por el derecho local e internacional.

Entonces, la reelaboración propiciada encuentra dos elementos distintivos en la teoría de la ejecución penal; por un lado, aquel que consagra la naturaleza jurídica de la condena impuesta, estrictamente definida y delimitada en una medida que supone la restricción del bien jurídico de la libertad ambulatoria, no pudiendo agravarse por la forma o modo de su cumplimiento la sentencia de condena²⁸; y por otra, que en coherencia con este

²⁸ El gobierno de Raúl Alfonsín no elaboró una política penitenciaria, aunque sí su modo de realización de la política penal, inscriptas bajo una concepción liberal, permitió que por efecto se dieran manifestaciones de reducción de ciertos excesos penitenciarios. La decisión política de reemplazar completamente a los jueces de la Corte Suprema, posibilitó que tal órgano supremo de la justicia comenzara a establecer líneas jurisprudenciales compatibles

presupuesto sólo puede corresponderse la finalidad de la ley en la reinserción social, excluyendo por coherencia sistemática, el hecho que el trato punitivo sea más gravoso que aquel delimitado por la sentencia, debiendo excluirse todo actuar antijurídico del Estado con respecto a su posición de garante.

V. Herramientas de regulación normativa en el proceso temporal de la pena

Si bien la ejecución penal goza de una autonomía relativa que se constituye en un distinto ordenamiento jurídico, cuyas normas están contenidas por fuentes diversas (penal, procesal y administrativo), lo cierto es que también sus normas están unidas íntimamente por una finalidad única: realizar la ejecución en su contenido jurídico de restricción de la libertad ambulatoria, restringir sólo en forma excepcional y autorizada otros derechos de acuerdo a la realización de ciertos fines superiores y, consecuente

con la efectividad de los derechos de las personas. Más allá de casos como «*Fiorentino*» (306:1752), «*Rayford*» (308:733), «*Ruiz*» (310:1847), se decidió que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, forme distintas comisiones, integradas por magistrados y funcionarios de ese fuero, con motivo de realizar visitas periódicas a las distintas unidades del Servicio Penitenciario Federal. El 19 de noviembre de 1987, la situación crítica presentada de distintas unidades, en particular la de Caseros y Devoto, motivó un fallo trascendental que definiera la siguiente doctrina legal: «*Esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, no puede permanecer indiferente a situaciones incompatibles con la norma constitucional (art. 18 CN), las que, por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan de ese Poder Judicial, ni a la pena establecida para la ley para el delito que se trata*» (310:2413, considerando 3.º).

a ello, sin resultar incompatible en su misión de readaptación social de él.

Por ende, lo relevante es la función que la teoría ejecutiva de la pena cumple en su característica dinámica con respecto a la alteración eventual de su objeto definido en la cuantía, es decir, cuando la restricción es más gravosa y las condiciones de encierro hacen irreversible los efectos causados o las posibilidades de revertir las condiciones impuestas.

Comúnmente, se ha caracterizado *una elevada abstracción intelectual que desnuda de todo contenido dinámico el tiempo de prisión*, para reforzar el sentido lineal y uniforme de un tiempo abstracto, suponiendo *iuris tantum* que todo detenido o detenida, una vez alcanzado determinado período temporal en prisión se encontrará en condiciones de avanzar hacia regímenes más atenuados.

No obstante, tal como la Corte Suprema ha señalado en «Germano, Karina», del 14/2/2012, señaló *«una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado»* indicando que ejecutar la pena no significa tanto y solamente dar contenido a una sentencia irrevocable de la condena, sino que la dinámica de su ejecución puede imponer una pena más gravosa y que, por ello, resulta una modificación de la impuesta, no pudiendo ser equivalente a su temporación objetiva y lineal, que remite a aquella.

Entiendo entonces que las variables cualitativas de cómo y con qué efectos el trato punitivo se va manifestando en

cada proceso temporal durante ciertos períodos de la ejecución penal, resulta una herramienta de análisis sustancial que permita comprender la dinámica del tiempo de prisión en las posiciones que la persona ocupa en cada prisión, de acuerdo a sus características particulares y a las manifestaciones que tenga el Estado respecto del grado de cumplimiento o no de su posición de garante²⁹.

Considero por ello, que la ejecución penal se debe delimitar estrictamente sobre las variables que regulan la relación del trato punitivo aplicado y el contenido del título ejecutivo de la sentencia, en tanto su forma de aplicación puede alterar el objeto de ella y, por lo tanto, agravar la pena que se determinara. En estos casos, *interesa conformar un modelo de análisis que permita distinguir la responsabilidad del penado respecto de los objetivos de un tratamiento que existió y, por otro, el incumplimiento del Estado por un trato que nunca aplicó o qué sólo lo fue con fines custodiales, ausencia de programas de tratamiento, cese o suspensión de estos o restricción arbitraria de derechos.*

Entonces, en cada período temporal que regula el régimen progresivo para determinar la libertad anticipada del condenado, debe previamente evaluarse si aquella calidad y condiciones de la ejecución no ha excedido la cantidad definida en la sentencia y, asimismo, si se ha correspondido con el trato penitenciario que hubiese posibilitado sus resultados en ese período de tiempo.

²⁹ Ver nuestro trabajo: «El registro temporal de las distintas posiciones en el campo». En *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilícitas*. ZAFFARONI, E. R. (dir.), Buenos Aires: Ediar, 2012. pp. 105-122.

El sistema debe previamente excluir un comportamiento antijurídico de la administración, para recién allí analizar el comportamiento de la persona durante la condena respecto de las herramientas otorgadas³⁰. Por lo tanto, tal sistema se asienta sobre la tesis que *la reinserción social es un fin práctico que el Estado debe garantizar sólo previendo o minimizando la utilización de mecanismos violentos y autoritarios como forma de trato punitivo, limitando aquel discurso institucional que se manifieste en un verdadero cauce abierto para la manipulación tecnocrática e ideológica de la personalidad del penado*. De tal manera, toda omisión o incumplimiento del contenido jurídico en base al título ejecutivo de la condena, desprende un sistema de consecuencias jurídicas aún no consagradas, que integren a aquellas funciones positivas del régimen progresivo delimitadas por la ley (conducta, concepto o actividades), las negativas con relación a la acción antijurídica del Estado en ese período.

VI. La indeterminación relativa de la pena por las condiciones de cumplimiento

En 1909, BERTHOLD FREUDENTHAL denominaba a la sentencia la «*carta magna del preso*» que resolvía el problema de la posición jurídica pública del condenado frente a las

³⁰ Para clarificar el fenómeno social de la justicia de ejecución penal es necesario un método de aplicación estrictamente jurídico que imponga sus limitaciones con respecto al modo en que las condiciones carcelarias impuestas respetan las normas de trato estandarizadas y, por otro, que la finalidad prevista en la ley sea garantizada por la realización efectiva de los derechos de los reclusos/as o, con excepción, por formas de restricción que se evalúen como razonable y proporcionales.

intromisiones del poder del Estado³¹. También posteriormente lo enfatizó CUELLO CALÓN, quién refería que el Derecho ejecutivo penal «contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado»³². Incluso, el propio ARTURO SANTORO, de acuerdo con PIETRO MARSHIP³³ afirmaba que resultaba indudablemente jurisdiccional la fase incidental que resuelve controversias, sobre una base ya determinada (la sentencia de condena), que constituye eventualmente un verdadero conflicto entre Estado e imputado³⁴.

El dato saliente resulta que la ejecución penal está ajena a todo proceso de sistematización que lo ligue a la determinación de esa sanción en sede judicial, cuando uno y otro deberían ser parte del mismo método.

De acuerdo a este proceso de reelaboración de la teoría de ejecución penal, en primer lugar, la sentencia debe entenderse

³¹ «La condición del preso, como hemos visto, es una relación jurídica cuyo contenido faculta al Estado para imponer al preso una limitación de la libertad personal. ¡Una limitación de la libertad, nada más!, ¡ya nadie más que el preso! Será principal tarea de la futura ley poner nítidamente de relieve el carácter jurídico de la condición de preso en estos dos puntos. En una futura ley de ejecución deberá cobrar expresión más neta que en el Derecho vigente, que las penas privativas de libertad, en el marco de lo realizable, conducen sólo a limitaciones de la libertad y deben afectar sólo a los condenados a ella». cfr. FREUDENTHAL, B, *La posición jurídico-pública del preso*. Revista Peruana de Ciencias Penales N.º 13, Sección Doctrina, 2003. p. 358.

³² CUELLO CALÓN, E. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958. p. 13.

³³ MARSHIP, P. *L'esecuzione penale (Saggio introduttivo)*, Padova, 1927.

³⁴ SANTORO, A. *Fondamenti della esecuzione penale*. Roma: Tipolitografia delle Mantellate, 1931. especialmente pp. 10 y ss

como un colorario del apotegma *nulla poena sine praevia lege*, en cuanto garantiza al condenado que todo lo que esté más allá de los mandatos derivados de ella no puede formar parte de ninguna restricción. Por lo tanto, la cuantía de pena estrictamente determinada no puede luego ser ignorada justamente al momento de su cumplimiento. Por ende, la característica de ese proceso es su relativa indeterminación durante la ejecución penal.

Esto indica, en primer lugar, que la característica de la ejecución penal no es la abstracción de la pena en el plazo temporal que definiera la sentencia, sino que *esa pautación inicial tiende a variar por el carácter dinámico de la ejecución*, lo que se consagra a partir del contenido del trato punitivo más gravoso respecto de la naturaleza de la condena³⁵.

Por ello, debe determinarse, ante nada, qué tipo de consecuencias más gravosas se han aplicado sobre el penado (v. gr. entidad de las lesiones, duración de las mismas, efectos provocados, trascendencia de los mismos)³⁶, en qué períodos ese ejercicio de poder punitivo fue arbitrario (v. gr. antes del plazo consagrado para obtener libertad condicional, luego de una denuncia realizada o en forma permanente) y de qué manera se manifiestan sus efectos jurídicos sobre el régimen progresivo, debiendo evaluarse la entidad de las lesiones, sus efectos en las condiciones personales y el resto de tiempo lineal que resta para agotar la pena.

³⁵ ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR. *op. cit.*, p. 1015.

³⁶ Sobre su desarrollo en extenso, cfr. nuestro trabajo: «La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa». t. I. *Prisión Preventiva*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2015. p. 427 y ss.

Por lo tanto, de acuerdo a este sistema, si consagramos que la ejecución penal puede suponer una alteración de la sentencia respecto de una cantidad de poder punitivo que fue superado en términos más gravosos por un trato cruel o inhumano, en consecuencia la otra característica de este sistema es la indeterminación relativa que esa cuantía adquiere en la aplicación del régimen progresivo, debiendo generarse compensaciones que adelanten el período de tal régimen o, en caso de la mayor entidad de la lesión, presuponer el agotamiento de la misma pena.

En tal sentido, como ya se dijo, la prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir para los jueces en el momento de la sentencia, y ser ajenas a su potestad y deberes de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento³⁷. Por ello, al ser esa dosimetría punitiva la que viene a determinar las consecuencias jurídicas del delito, la ejecución no puede alterar en forma perjudicial para el condenado ese contenido de la pena. Por lo tanto, no sólo es el tratamiento penitenciario el generador de consecuencias jurídicas en el proceso ejecutivo, sino antes que ello, las condiciones carcelarias que fueron aplicadas y que pudieron garantizarlo.

La otra cuestión es la diferencia respecto de las formas jurídicas que definen el cumplimiento de una pena legal, sujeta a los requisitos conductuales que el penado debe cumplir en su tránsito de encierro institucional y, por otro, el modo en que la prohibición de tratos arbitrarios impida asignarles efectos jurídicos a tales penas ilícitas como si fueran legales, si se han aplicados penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

³⁷ *Ibidem.*

Debe resultar una consecuencia del principio de legalidad y debido proceso que, si el trato aplicado no fue resocializador, ni menos aún exento de torturas, entonces *no resulta oponible al condenado los requisitos que sólo se relacionan con un trato que nunca recibió*³⁸. En tanto, si la ley y la constitución prohíben las penas ilegales y éstas no pueden ser equiparadas a las primeras, *tampoco lo puede su estructuración temporal y requisitos aplicados a tal período*, so pena de imponer condenas accesorias y desproporcionadas respecto de aquella que fuera pronunciada en la sentencia.

Por lo tanto, la ejecución penal no es un proceso que sólo está sujeto a una aplicación automática y directa de una decisión sancionatoria anterior, sino que la forma de su cumplimiento viene a estar regulado *por aquel contenido proporcional de esa misma pena* impuesta de acuerdo con el trato punitivo. Por lo tanto, si la pena debe ser proporcional a la magnitud del injusto y a la culpabilidad del autor, por ende, su aplicación no sólo comprende la definición de la mensura, sino que de ella deriva su adecuación durante el proceso de ejecución.

Por lo tanto, la aplicación del régimen progresivo resulta esencialmente dinámica y modificable, no sujeta al tiempo lineal sino a la entidad cualitativa del trato punitivo. Siendo más gravoso, cabe un adelantamiento por alteración cuantitativa de la pena impuesta y podrá disponerse una alternativa al tratamiento penitenciario cuando es probable que el Estado no revierta con dicho régimen el cumplimiento de los fines dispuestos, o en caso

³⁸ En tal sentido, ver los comentarios de JULIANO, Mario; Gabriel, BOMBINI; Gustavo, HERBEL y Carlos REGO a los precedentes «Reyna», «Herrera» y «Bellot» del Tribunal de Casación Bonaerense.

de la entidad más gravosa, deberá considerarse agotada la pena por evidente desproporcionalidad de esta.

VII. El valor de la cosa juzgada y la responsabilidad del Poder Judicial en la ejecución

El valor de la cosa juzgada en la sentencia no sólo admite la firmeza de cierta cuantía de pena, sino que hace *responsable* a la autoridad judicial de que la misma, siendo pena privativa de libertad, se lleve a cabo de acuerdo con ciertos requisitos mínimos que debe resguardar con relación al modo en que se llevan a cabo las políticas penitenciarias³⁹.

Esto representa una innovación importante que la doctrina debe incorporar ante el avance de la jurisprudencia en este aspecto⁴⁰. Si bien, ante la aplicación de un trato arbitrario, la

³⁹ Sobre una indagación empírica entre la aplicación jurídica de la prisión y su concreta realidad carcelaria, ver GAUNA ALSINA, F. «Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión» en *Derecho y Ciencias Sociales. Estudios actuales sobre la justicia penal*. octubre de 2017. N.º 17. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP, 2017, pp. 44-69.

⁴⁰ La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido que: «es tarea de los jueces velar porque el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los parámetros que establecen las leyes y las normas constitucionales, y ordenar, dado el caso, el cese de los actos u omisiones de la autoridad pública que impliquen agravar ilegítimamente la forma y las condiciones de ejecución de la pena» (Fallos: 327:5658) y, en consonancia con ello, que: «cuando una política es lesiva de derechos siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar

consecuencia no puede ser otra que la cesación del acto lesivo, también ello exige analizar el tipo de efectos en el régimen progresivo, teniendo en cuenta su duración o reiteración, las circunstancias en que se impusieron y las formas del acto lesivo respecto de su trascendencia a las circunstancias personales y las de terceros.

La Corte Suprema ha enfatizado esta cuestión, en tanto indicó que «la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo «*superior*» de ese sistema («Verbitsky», Fallos: 328:1146) [aunque] no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción -total o parcial- de obligaciones propias en cabeza del interno...» (M. 821. XLIII - «Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación» -01/11/2011). Por ende, como bien se dijo, no se trata sólo de utilizar la noción de reinserción social para restringir derechos⁴¹, sino también introducirse en su análisis la mayor cantidad de poder punitivo que se aplicó, pues por tornarse más gravosa la forma de ejecución por responsabilidad del Estado, éste no puede achacarle al condenado ciertos resultados adversos.

Por lo tanto, debe consagrarse de acuerdo a la determinación del castigo, y su colorario en el principio de legalidad ejecutiva, que todas aquellas variables por debajo del estándar de trato digno

esa política sólo en la medida en que los lesiona» (Fallos: 328:1146, considerando 27 del voto de la mayoría).

⁴¹ ALDERETE LOBO, R. «La cárcel no tiene expensas». En PITLEVNIK, L. (dir.). *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. t. 12. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

(Reglas Mandela), hace a la indeterminación de esa cuantía en el proceso de ejecución penal, debiendo indicarse las consecuencias jurídicas del sistema en el régimen progresivo.

A diferencia de la función de contradicción que la autoridad judicial cumple en el proceso a imponer ciertos requisitos mínimo que se valoran en la llamada «*teoría del injusto*», en la ejecución ese proceso de contradicción tiene dos características: parte de la cuantía, valorando el trato punitivo dentro de un mínimo de irracionalidad y conforme el principio de proporcionalidad, humanidad y culpabilidad definirá que efectos tuvo la ejecución de tratos más gravosos, cuando debió por contrario generar efectos más beneficiosos; y es dinámico (no se concreta en un único acto), pues en cuyo curso la pena impuesta puede alterarse por múltiples circunstancias, diferenciándolo del tiempo cronológico, principalmente, por las condiciones carcelarias impuestas⁴².

De acuerdo con este proceso, el dato más relevante será la cualidad que la misma adquiera por las formas de su cumplimiento y el modo en que ello se corresponde o no con el programa u objetivos que definieran la ejecución como (otra) responsabilidad del Estado a través de sus servicios penitenciarios. Por un lado, se trata de evaluar el contexto carcelario de realización de aquellos derechos inalienables que define el trato digno (alimentación, integridad física y psíquica, atención médica, educación, trabajo, formación cultural) y, por otro, de analizar los métodos de castigos

⁴² Sobre ello, MOSCONI, G. «Tiempo social y tiempo de cárcel». En RIVERA BEIRAS, I. y J. DOBÓN. (eds.). *Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*. Barcelona: Bosch, 1997.

(aislamientos informales, delegación de la seguridad en presos, mecanismos de traslados o inestabilidad intramuros, requisas violentas) con la prohibición del servicio penitenciario de realizar sus intereses mediante mecanismos violentos (v. gr. puede que se estén realizando esos objetivos de acuerdo a un programa de tratamiento pero que recurrentemente el condenado sea pasible de torturas) y/o excesivos al imponer restricciones no compatibles con la reglamentación legal (ni adecuada a la ley formal).

Este ámbito de responsabilidad (o posibilidad de respuesta, según ZAFFARONI)⁴³ debe actuar como instancia del debido proceso legal, es decir, que sólo en resguardo de ciertas condiciones, cuya responsabilidad es del Estado, pueda imponerse al condenado los requisitos que la ley impone para evaluar su cumplimiento durante la ejecución penal. De acuerdo a nuestro sistema, entonces, es la agencia judicial la que debe comportarse *éticamente* frente a un ejercicio de poder deslegitimado como el penitenciario, y no condicionar a la persona a requisitos u obligaciones de imposible realización en el medio carcelario⁴⁴.

VIII. Doble proceso de determinación de la pena durante la ejecución

El proceso de determinación judicial define una pena justa que no es otra cosa que la retribución por el injusto realizado y

⁴³ Con relación a la responsabilidad por la criminalización, ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Buenos Aires Ediar, 1998. p. 271.

⁴⁴ Sobre la cuestión del requisito conductual, ver nuestro trabajo *Obedecer la ley sin que la ley exista: la cuestión de la conducta en prisión en la práctica jurídica*. en ANITUA, I. y R. GUAL. (comp.). *op. cit.*, pp. 227-244.

la culpabilidad de su autor. Esa pena indica entonces un grado máximo de privación de libertad posible en tiempo físico y, asimismo, excluye una pena cruel, inhumana o degradante, pues conforme su determinación el objeto de su mensura ha sido una pena legal, limitada a la restricción inherente de la libertad ambulatoria. No obstante, la continuidad del proceso de su ejecución indica, conforme el sistema que sostengo, que la forma de su cumplimiento es una responsabilidad del Estado tendiente a transformarla en pena útil para el condenado. Mientras este fin de la ejecución penal no puede ser contrario al fin de la pena, también la pena sólo es justa si deviene útil y no la agrava por la forma de cumplimiento durante su ejecución.

Entonces, mientras que las teorías de la cuantificación penal ensayan la contención de un poder punitivo que determina certeza en cuanto a la mensura (pena justa), la modalidad de castigo, al ser más gravoso, altera justamente tales límites que determinaron su imposición, y de tal manera, excluye el significado otorgado a los fines de la ejecución penal (pena útil). Por lo tanto, la sentencia no sólo va a determinar una pauta temporal final, sino una determinación legal de cuál debe ser el castigo, en tanto su valor está sujeto a cierta calidad, no pudiendo agravarse y, en su caso, alterar dicha cuantía como mecanismo de corrección durante la ejecución penal⁴⁵.

⁴⁵ Como así se dijo *«ignorar esa circunstancia es admitir, por meras razones pragmáticas e hipotéticos casos de abuso, que se ejecuten penas que han pasado a ser crueles e inhumanas. La prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir en el momento de la sentencia y ser ajenas a su potestad y deberes de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento»*. ZAFFARONI, E.-R.; A. ALAGIA y A. SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2002. p. 1063.

El debido proceso en la ejecución penal resguarda toda posibilidad de alteración más gravosa, considerando que toda desproporción por la entidad del trato carcelario puede incidir en consecuencia sobre su cantidad, cuya proyección de más o menos extensión se define en el régimen progresivo de la pena⁴⁶. Por ende, si tenemos en cuenta que su expresión es doblemente lineal, entre la cuantía y la progresión en términos de un trato digno, la modificación sustancial de este presupuesto también puede alterar al primero de acuerdo con su significancia y, por lo tanto, imponer su adelantamiento por dicho efecto, al prohibirse una «*doble punición*».

Supongamos que Juan Pérez hace un año se encontraba en un régimen cerrado, tenía la posibilidad de realizar cierta programación de actividades y contaba con conducta ejemplar y concepto bueno, pero producto de las condiciones de seguridad del penal es atacado por varios detenidos, perdiendo un riñón⁴⁷. De este modo, se inicia a partir de allí un proceso adverso a su salud, relativo al estándar de atención médica adecuada y oportuna, que alterará toda aquella significación positiva que delimitaba la relación entre cuantía y trato digno. Todo el desarrollo posterior, lo que deberá modificar toda la proyección de los medios con que deberá contar y, atender, a las consecuencias lesivas de su afección, modificaran la naturaleza de la condena y, por lo tanto, la definición temporal del régimen de la pena.

⁴⁶ Sobre la relación de los términos cuantitativos de los cualitativos de la pena respecto a la modificación sustancial del contenido de la pena impuesta, me remito al fallo de la CSJN, «Romero Cacharame», consid. 8.º voto del Dr. Fayt.

⁴⁷ El ejemplo responde al caso real de «Casado». Causa 43.502/ sala de Feria. Reg. 907 del 30 de julio de 2010, cfr. LAVALLE, A., en este trabajo.

Si bien la ley plantea una progresividad, que va limitando las restricciones de derechos para su aminoración en regímenes más autogestivos, lo cierto es que no define qué entidad cuantitativamente gravosa se prohíbe en períodos previos, ni se consagra a favor de la persona de qué modo el Estado deberá actuar ante procesos más lesivos para las condiciones personales del penado y, que sustancialmente, puedan alterar una anterior evolución o generar más vulnerabilidad por esa forma de trato, al punto de no ser posible una «*rehabilitación*» de tales daños.

En función de ello, si la pena impuesta dentro del marco legal consagra en la sentencia la garantía penal de no castigarse más allá de esa medida, es por derivación de este presupuesto, que la ejecución no es simplemente el resultado en tiempo lineal de ese único acto mensurable.

Al aplicarse tortura, reiterarse tratos arbitrarios e incluso, restringir derechos mediante reglamentos excesivos, *la proporcionalidad no se agota con la adecuación al grado de culpabilidad y la significación legal de un trato progresivo, sino que adquiere un nuevo contenido, producto de esa aflicción prohibida*, según dos parámetros: subjetivo (circunstancias personales del preso) y objetivo (condiciones de la prisión)⁴⁸.

Hay dos variantes: la pena legal, durante su ejecución, que divide ese segmento temporal es que se definirá la posibilidad de acceso a regímenes alternativos al encierro carcelario, también reglamentado en tiempo físico (primera determinación); y otra ilegal por su modo de cumplimiento, en dónde la gravedad cualitativa del castigo hace que no se corresponda con aquellas

⁴⁸ ver: ZAFFARONI, E. R. *Prólogo*. En VACANI, Pablo. *op. cit.*

previsiones mensurables y, por lo tanto, altere la ejecución lineal de la pena en el régimen progresivo, debiendo mensurar esa mayor cantidad de castigo en tiempo lineal (segunda determinación), sea por adelantamiento en dicho régimen o su agotamiento en casos de grosera desproporcionalidad⁴⁹.

IX. La redeterminación cuantitativa de la pena durante el proceso de ejecución

Mientras el primer proceso de determinación es puntual, consagrando la definición de un tiempo físico que no puede superarse en privación de libertad, el segundo proceso es variable, pudiendo avanzar ese proceso lineal más allá del tiempo lineal.

Sobre este último proceso temporal, la prohibición de doble punición define que el trato penitenciario ha excluido todo actuar antijurídico del Estado y, por ende, que la condena se haya manifestado en cierto período, más gravosa. Por lo tanto, la cantidad de pena determinada en la sentencia también delimita la calidad que ésta tendrá durante la ejecución, en tanto que por su intensidad o grado no puede superarla. Si la calidad del trato punitivo es más grave que el estándar de trato reglamentado por

⁴⁹ Así lo sostenía la Corte en «Gramajo», del 5 de septiembre de 2005: *«Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídica penal del delito impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales»* (consid. 19.º).

la ley, el juez no estará autorizado a valorar los presupuestos de un trato resocializador (conducta, concepto, pronóstico).

Se abre aquí el proceso de *redeterminación cuantitativa* de la pena en el momento de su ejecución. Es la actividad judicial que deberá compensar en el régimen progresivo tales daños provocado por la actividad del Estado, reprochar su accionar antijurídico y determinar de qué modo los efectos provocados pueden excluir materialmente la posibilidad de reinserción por tratamiento penitenciario (*v. gr.* el interno que le resten dos tercios para agotar la pena y el nivel de entidad del trato fue tan grave que existe un riesgo cierto de tratos crueles permaneciendo en la unidad), disponiendo su continuidad en otro medio alternativo. En caso de que no sucede, disponer cierto avance en el régimen y readecuar la incidencia conductual o conceptual y, en casos de mayor gravedad, podrá compensarlo por agotamiento de pena.

Uno y otros aspectos dependerán entonces del contenido de lesividad y la cualidad afectiva de esos tratos arbitrarios. Por lo tanto, el tiempo existencial o vivencial del sujeto respecto de los deberes de prestación del Estado, adquieren un nuevo sentido en el proceso de ejecución penal, pues no estará sujeto a una pautación de antemano, sino dinámica que deba precisar en qué condiciones carcelarias se encuentra la persona ejecutando la pena y de qué modo se van manifestando cambios más gravosos que se oponen a la realización de la finalidad ejecutiva.

Ello resulta sustancial para litigar de qué modo el Estado tiene una mayor carga de responsabilidad en la aplicación de dicho régimen (menor o mayor posibilidad de realización de los objetivos aplicados, si han existido) y de qué manera esta debe cesar por su incumplimiento y los efectos generados.

A partir de aquí el régimen de verificación podría ser más controlado y dejar de ser exclusivamente manipulado por el discurso penitenciario. Al valorar las condiciones de encierro y conocer el contenido de las restricciones a derechos no limitados por la sentencia, se introduce la necesidad de valorar qué plazo tiene el Estado para revertir esas restricciones y promover los efectos pretendidos en los objetivos del período de observación (art. 7 Ley 24.660 u 11 Régimen de Modalidad Básicas), de qué manera su provisionalidad, por los efectos provocados, se imponen modificarlos a favor del imputado (art. 13 d. Ley 24.660) y de qué modo, el principio de adecuación y correspondencia carcelaria, permitirá valorar la proporcionalidad entre los medios y los fines previstos.

El principio de adecuación carcelaria responde a garantizar un trato realizable, cuyo contenido funcional es no exigirles al interno condiciones que no podría jamás cumplir en el medio carcelario, o que de haber comenzado a cumplirlo las propias condiciones impuestas lo volvieron ilusorio y, asimismo, de haber sido factible, efectos más gravosos lo han contrarrestado para realizarlo en el medio carcelario. A su consecuencia, el principio de correspondencia pretende que la evaluación del régimen penitenciario se integre al modo en que el Estado pudo otorgarle determinados medios y que éstos pudieron limitarse a ciertas actividades y no a exigencias que no se correspondan con las mismas. Además, integra otro aspecto consecuente: las restricciones que pudieran alimentar pronósticos de reinserción negativos deberán correspondencia a esa realización de medios y no a condiciones que la vida en sociedad no requiere (*v. gr.* conseguir trabajo, desafectarse del consumo de drogas).

Esta estructura cognoscitiva modifica el patrón de la idea de peligrosidad que está anclada en el proceso de información sobre las personas que ejecutan la pena y, por el contrario, develará cual es el comportamiento del Estado con los estándares legales, cuyo cumplimiento es ineludible para hacer responder al condenado respecto de cierto tratamiento penitenciario. Esto adquiere relevancia en dos sentidos: lo primero, que la utilización de la información disponible sobre condiciones carcelarias resulta ser *una precondition necesaria* para poder evaluar la probabilidad real en el ejercicio de derechos y no ser sometido a torturas o penas crueles⁵⁰. Y, segundo, que su contenido debe ser *una herramienta esencial en la litigación penal* compatible con una concepción del tiempo de prisión acorde al carácter dinámico, existencial y temporal de la pena.

X. Conclusiones

Pese a los significativos avances que adquiriera el proceso de judicialización a fines de los años noventa, consagrando la competencia de los jueces de ejecución y determinándose severas limitaciones al modo de restricción de derechos (precedentes como «*Dessy*» de la Corte Suprema, por ejemplo), lo cierto es que las restricciones legislativas impuestas al programa constitucional de la ejecución penal, impone trascender a una exégesis legislativa⁵¹

⁵⁰ Véase nuestro trabajo: «El fallo “*Borelina*”: de la oportunidad eficaz en el ejercicio de defensa a la valoración del peligro cierto de tratos crueles». *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. vol. 22. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

⁵¹ Sobre tal déficit del sistema, ver SALT, M. «El derecho a condiciones carcelarias dignas y un fallo ejemplar». *Nueva Doctrina Penal 1999/A*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999; también: «Los derechos

y otorgar continuidad al método que relaciona la teoría del delito con el de sus consecuencias jurídicas, introduciendo una teoría de la ejecución penal que establezca sus directas relaciones con la determinación de la misma en sede judicial.

Trascender a dicha exégesis legal indica, concretamente, que el sistema debe trascender en verificar sólo el cumplimiento de las obligaciones de los/as penados/as respecto de las exigencias legales, sin previamente determinar si el trato punitivo aplicado ha posibilitado o no ese cumplimiento. Por lo tanto, en el presente trabajo se ha esbozado un conjunto de elementos que permitan reconfigurar el sistema teórico de la ejecución penal, tomando como indicador el trato punitivo y las condiciones carcelarias que lo caracterizan.

En tal sentido, el trabajo que he presentado propone que la ejecución penal debe entenderse no limitada a una concepción formal de derecho penitenciario, sujeto al contenido que los textos normativos definen, sino al modo en que es efectiva su realización respecto de los métodos de castigos aplicados, evitando que el sistema se asiente sobre una artificialidad tranquilizadora que sólo se recuesta en una pena formal y legítima, cuando la realidad evidencia lo contrario.

Debido a ello, entonces, el Derecho de Ejecución Penal debe definirse como un saber jurídico penal, que no sólo integra el conocimiento de las normas jurídicas que lo regulan autónomamente del Derecho penal y procesal penal, sino que

fundamentales de los reclusos en Argentina». En *Los derechos fundamentales de los reclusos en España y Argentina*. RIVERA BEIRAS, I. y M., SALT. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 214.

su aplicación está integrado al estricto conocimiento de las condiciones de encierro penitenciario.

Esa relación debe regir la evaluación del modo de realización de los principios que integran el programa constitucional de ejecución penal y la alteración del contenido de su cuantía, conforme al proceso de su determinación judicial, para de este modo integrar la relación entre la teoría del delito y el de sus consecuencias jurídicas y, por otro, alterar la concepción anacrónica de la ejecución penal mediante un sistema netamente inquisitivo y de tinte peligrosista.

El sistema de ejecución de la pena debe comprender su característica particular que es la dinámica que la forma de cumplimiento manifiesta entre las normas de trato que el Estado debe cumplir en su posición de garante y la observancia de los objetivos y requisitos aplicados en el régimen penitenciario. Para ello, el objeto de valoración de la ejecución penal no es otro que el contenido que la misma pena va adquiriendo durante este proceso de ejecución. Es la entidad cualitativa que puede redefinir el contenido cuantitativo del castigo si este ha devenido más gravoso que el sancionado.

Con ello, el trabajo ha partido de la hipótesis que el pronunciamiento traducido en un tiempo físico no es más que una pauta que el tiempo existencial de la pena no puede superar, prohibiendo su alteración en forma perjudicial al(la) penado(a).

Sin lugar a duda, este sistema exige abordar la estricta relación entre el conocimiento de las prácticas de castigo con la conceptualización punitiva que niega las reales condiciones de encierro. El desafío ante la complejidad de los sistemas

penitenciarios es quebrar esa *ausente relación entre la comprensión de las relaciones desplegadas dentro del espacio prisión y la estructuración conceptual en que están consolidadas las relaciones discursivas de la práctica jurídica.*

De acuerdo con esto, el derecho de la ejecución penal debe tener por base su reconstrucción conceptual y genealógica, sujeta a una reflexión política entre castigo y democracia, cuyo efecto deben repercutir en la invalidación de muchos de los actuales procedimientos formales de la agencia judicial, para evitar su vaciamiento de toda ética, que la reduce a una función totalmente burocrática, ligada al mero trámite.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV. «La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena, Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación» - *Proyecto UBACyT 2011-2014*. Disponible en www.derecho.uba.ar
- AFTALIÓN, E. y J. ALFONSÍN. *La Ejecución de las Sanciones Penales en la República Argentina*. Talleres Gráficos de la Dirección General de Institutos Penales de la Nación, 1953.
- ANCHORENA, J. M. «Curso de Derecho Penal». t. 3. *Referencias Bibliográficas Jurídico Argentina*. 1940.
- ALTMANN SMYTHE, J. «Derecho penitenciario». *Revista Penal y de Tutela*. Año I. vol. I. 1946.
- ALDERETE LOBO, R. «La cárcel no tiene expensas» *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. t. 12. (dir.) L. Pitlevnik. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- BARBERIS, D. «Testimonios del “otro país”». *Los derechos humanos en el otro país*. Buenos Aires: Punto Sur editores, 1987.
- BERGALLI, R. «Oposición entre el sistema democrático futuro y la actual legislación penitenciaria en la República

Argentina». *Nuevo Foro Penal*. N.º 4. 1978; También, LAFERRIÉRE, M. y H. LEIS. *Cárcel y democracia: un debate necesario*. Buenos Aires: Centro editor de América Latina, 1990.

BINDER, A. *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

_____. *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

BOVINO, A. «Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos». *¿Más derecho?* N.º 1. Buenos Aires: Di Plácido, 2000.

CESARONI, C. *Masacre en el pabellón séptimo*. Buenos Aires: Tren en Movimiento editores, 2013.

CESANO, J. D. *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni ediciones, 1997.

CHICHIZOLA, M. *La individualización de la pena*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1967.

CUELLO CALÓN, E. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958.

D'ANTONIO, D. y A. EIDELMAN. *El sistema penitenciario y los presos políticos durante la configuración de una nueva estrategia represiva del Estado argentino (1966-1976)*. Entrepasados, Dossier, 2010.

- DE LUCA, D. y S. MALAGNINO. «Reconstrucción histórica del archipiélago carcelario federal». *Privación de Libertad*. Buenos Aires: Didot, 2016.
- FILIPPINI, L. «La prisión y el discurso penal». *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. 79, 2010.
- FRAGOSO, H. «El derecho de los presos (Los problemas de un mundo sin ley)». *Doctrina Penal*. Año 4. Buenos Aires, 1981.
- FREUDENTHAL, B. «La posición jurídico-pública del preso». *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N.º 13. Sección Doctrina. 2003.
- GARAÑO, S. *El tratamiento penitenciario y su dimensión productiva de identidades entre los presos políticos (1974-1983)*. Entrepasados, Dossier. 2010.
- GARCÍA BASALO, J. C. *Régimen penitenciario argentino*. Buenos Aires: El jurista ediciones. 1975.
- GAUNA ALSINA, F. «Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión en Derecho y Ciencias Sociales». *Estudios actuales sobre la justicia penal*. N.º 17. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP, 2017.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, J. *Principios de Derecho procesal penal mexicano*. México: Porrúa, 1959.

- LUDER, I. «El sistema jurídico de la ejecución de las penas». *Cuadernos de Criminología*. N.º 6. Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológica, Universidad Nacional de La Plata, 1959.
- _____. «Derecho ejecutivo penal. La Ley». *Anales de Legislación Argentina*. N.º 3. Buenos Aires, 1958.
- MANZINI, V. *Tratado de Derecho penal*. t. 4. Buenos Aires: Ediar, 1949.
- MARSHIP, P. *L'esecuzione penale (Saggio introduttivo)*. Padova, 1927.
- MOSCONI, G. «Tiempo social y tiempo de cárcel». *Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*. RIVERA BEIRAS, I. y J. DOBÓN. (eds.). Barcelona: Bosch, 1997.
- NEUMAN, E. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- NUÑEZ, J. y L. GONZALEZ ALVO. «El porvenir del pasado penitenciario. Sobre la construcción de una agenda de trabajo para la historia de la prisión en Argentina (1860-1950)» *Research Paper Series*. N.º 6. 2015.
- NUÑEZ, R. «La reforma peronista vista desde España: análisis de la gestión de Roberto Pettinato». *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Madrid, 1947-1958; y en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. N.º LXIX, 2016.

RIVACOBAS Y RIVACOBAS, M. «El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza». *Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe*. 3-4, 1965.

RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

SALEILLES, R. «La individualización de la pena». *Estudios de Criminalidad social*. Madrid, 1914.

SALT, M. «El derecho a condiciones carcelarias dignas y un fallo ejemplar». *Nueva Doctrina Penal*. 1999/A. Buenos Aires: Del Puerto, 1999; también: «Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina». *Los derechos fundamentales de los reclusos en España y Argentina*. RIVERA BEIRAS, I. y M. SALT. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

SANTORO, A. *Fondamenti della esecuzione penale*. Roma: Tipolitografía delle Mantellate, 1931.

SILVA, J. «El sistema penitenciario del Estado Nacional entre 1930 y 1943». *El delito y el orden en perspectiva histórica*. SALVATORE, R. Y O. BARRENECHE. (eds.). Rosario: Prohistoria ediciones, 2013.

_____. «Las reformas penitenciarias en la Argentina del siglo XX» *Crimen y sociedad: diez años de estudios sobre Policía, Delito y Justicia en perspectiva histórica*; también *Las políticas penitenciarias del Estado Nacional entre 1930 y 1960*.

<http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar>

SLOKAR, A. *Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa), La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal.* VACANI, P. (dir.). Buenos Aires: Ad Hoc, 2019.

SOLER, S. *Derecho penal argentino.* t. 3. Buenos Aires: Tea, 1940.

VACANI, P. A. *El registro temporal de las distintas posiciones en el campo, en La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilícitas.* ZAFFARONI, E. R. (dir.). Buenos Aires: Ediar, 2012.

_____. «La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa». t. 1. *Prisión Preventiva.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2015.

_____. «Obedecer la ley sin que la ley exista: la cuestión de la conducta en prisión en la práctica jurídica». *Privación de libertad. Una práctica violenta.* Anitua, I. y R. Gual. (comp.). Buenos Aires: Didot, 2017.

_____. «El fallo *Borelina*: de la oportunidad eficaz en el ejercicio de defensa a la valoración del peligro cierto de tratos crueles». *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.* vol. 22. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal.* Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. ALAGIA-SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar, 2000.

¿«ATRIBUCIÓN OBJETIVA» EN EL DELITO DOLOSO?

¿«ATRIBUCIÓN OBJETIVA» EN EL DELITO DOLOSO?^{1(*)}

ARMIN KAUFMANN²

UNIVERSIDAD DE BONN - ALEMANIA

RESUMEN:

El pasado 20 de marzo 1985 falleció ARMIN KAUFMANN, a la edad de sesenta y dos años. Este ha sido su penúltimo trabajo realizado. De lo que pierde, con ello, la Ciencia del Derecho penal puede dar cuenta su especial capacidad para sintetizar, criticar y predecir lo que cabe esperar de los conceptos fundamentales, viejos y nuevos, de nuestra disciplina. Afortunadamente, los discípulos alemanes de Armin Kaufmann: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zielinski, tuvieron la feliz idea de regalarle, con motivo de su sexagésimo aniversario, una edición de las

¹ Artículo publicado en Anuario de Derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-30001, Tomo 38, Fasc/Mes 3, 1985, pp. 807-927.

(*) Traducción de Joaquín CUELLO. El original alemán, con el título «*Objektive Zurechnung*» beim Vorsatzdelikt?, ha sido escrito para el Libro-homenaje a Hans-Heinrich JESCHECK.

² Fue jurista alemán y profesor en la *Rheinische Friedrich-Wilhelms-University of Bonn*
orcid.org/0000-0001-6220-949X.

investigaciones realizadas por el maestro a lo largo de más de treinta años (*Strafrechtsdogmatik zwischen Sein and Wert Gesammelte Aufsätze and Vorträge 1982*), lo que ha permitido que vean la luz algunos trabajos que nunca publicó KAUFMANN y que, de no ser por ellos, jamás habríamos podido disfrutar . En castellano han aparecido ya su disertación (*Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, traducción de ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, 1977) y un buen número de artículos de revista y libros-homenajes. Actualmente se están preparando la traducción de su habilitación sobre la Dogmática de la omisión y sendos libros que recogerán, respectivamente, los artículos ya traducidos y los que aún no lo habían sido. (*El traductor*).

PALABRAS CLAVE:

Omisión, atribución, imputación, hechos dolosos, riesgo, causalidad.

ABSTRACT:

On March 20, 1985, ARMIN KAUFMANN died at the age of sixty-two. This has been his penultimate job. What it loses, with it, the Science of Criminal Law can account for its special capacity to synthesize, criticize, and predict what can be expected from the fundamental concepts, old and new, of our discipline. Fortunately, the German disciples of ARMIN KAUFMANN, Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zielinski, had the happy idea of giving him, on the occasion of his 60th anniversary, an edition of the research carried out by the master over more than thirty years (*Strafrechtsdogmatik zwischen Sein and Wert Gesammelte*

Aufsätze und Vorträge 1982), which has allowed some works to see the light that KAUFMANN never published and that, if it were not for them, we would never have been able to enjoy. His dissertation has already appeared in Spanish (*Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, trad. de ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, 1977) and a good number of magazine articles and tribute books. The translation of his qualification on the Dogmatics of Omission and two books are currently being prepared which will include, respectively, the articles that have already been translated and those that have not yet been translated (*The translator*).

KEYWORDS:

Omission, attribution, imputation, fraudulent acts, risk, causality.

A. CONSIDERACIÓN PREVIA

I. *Doctrinas teleológicas de la imputación*

a) *Imputativitas e imputatio*, estos dos conceptos se los debe el Derecho penal a PUFENDORF. Al menos durante un siglo, hasta el final del pasado, ha dominado la «doctrina de la atribución» en la Ciencia del Derecho penal. La disputa entre los hegelianos sobre las imputaciones y la irrupción del injusto no culpable condujeron al descrédito de los viejos conceptos. En el lenguaje especializado (capacidad de atribución) y en la Ley (parágrafo 16) se han mantenido hasta hoy. De las doctrinas modernas de la atribución, por lo demás, no podemos esperar sin más que vuelvan a las antiguas «imputaciones».

b) Sobre la *teleología* de un sistema o de una doctrina de la atribución se habla en la actualidad con mucha frecuencia. Ello no debe llevar a la falsa conclusión de que la teleología misma sea algo nuevo en el Derecho penal. No conozco ningún concepto de sistema serio en los últimos doscientos años que no haya sido designado como «teleológico», en el sentido de que al Derecho penal le concierne una tarea sobre la cual, o en cuyo marco, haya de desarrollarse la Dogmática. Que así no haya ocurrido casi nunca sin fricciones -al menos si se concebía «*de lege lata*»- es otra cuestión.

Tampoco las metas que vienen en consideración, son tan variadas. A comienzos del siglo XIX se concibieron en su mayoría los posibles «fines de la pena»,

y en parte ya o muy pronto fueron codificados: la doble vía en la Ordenación territorial general de los Estados prusianos, y la prevención general intimidatoria en el Código penal bávaro. La misma «función ético-social» del Derecho penal de WELZEL «el aspecto positivo de la prevención general»³, que solo mucho después -si prescindimos de los antecedentes- surgió como novedad, tiene precursores antiguos. La teleología del concepto es evidente en FEUERBACH o en VON LISZT, como asimismo en STÜBEL o BINDING; no faltando tampoco en otros muchos sistemas.

Con ello, evidentemente, no debe negarse que en los dos últimos siglos se ha dado un paso decisivo tanto en la doctrina sobre los fines de la pena como en la Dogmática, y mucho menos que de los nuevos conceptos pueda esperarse un conocimiento mayor. Solo que la misma teleología no es lo nuevo.

c) De «atribución objetiva» ya se habló hace mucho tiempo ocasional y abiertamente. El uso moderno del concepto hoy, tal como se ha configurado en la «doctrina de la atribución objetiva», conduce -si observo bien- de vuelta a HEGEL, a través de dos líneas de evolución que, sin embargo, no tienen en su filosofía un punto de partida sólido. No obstante, desarrolló LARENZ, desde el pensamiento de HEGEL, una «atribución objetiva» para el Derecho civil⁴. Esta doctrina «finalidad objetiva» fue

³ Sobre esto, Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*. p. 288.

⁴ LARENZ, K. *Hegels Zurechnungslehre and der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

tomada por HONIG⁵ en el Derecho penal, con la clara pretensión de completar la teoría causal de la acción. De ahí ha sido recibida la «atribución objetiva» en la Dogmática como «doctrina moderna de la atribución» (¿o como parte de ella?), sobre todo por ROXIN y RUDOLPHI⁶. La otra línea conduce directamente desde los hegelianos hasta HELMUTH MAYER, quien titula el apartado fundamental de su tipo (objetivo): «La atribución objetiva (*imputatio facti*) o la doctrina de la relación causal»⁷. Esta equiparación entre «atribución objetiva» e «*imputatio facti*» es, por lo demás, muy confusa histórico-dogmáticamente⁸. Por tanto, si en lo sucesivo se designa también a la «atribución objetiva» moderna como «*imputatio obiectiva*», no se hará debido a la antigua dignidad del concepto sino para asegurar la novedad del contenido frente a confusiones.

Una tercera línea, representada por JESCHECK, continúa desarrollando el pensamiento fundamental de la teoría de la adecuación (*vid. infra* III).

⁵ FESTGABE, Frank. p. 174 y ss.

⁶ Véanse las indicaciones de RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 3.º ed., prefacio al § 1, N.º marginal 57; ROXIN, *Grundlagenprobleme*, p. 145 y ss.

⁷ Parte general, 1953, p. 131; GRUNDRISS, 1967, p. 72. H. MAYER está influido por la «doctrina del hecho» de LARENZ y BINDING. Por lo demás, BINDING sólo conoce un típico concepto de atribución, la atribución a título de acción culpable.

⁸ Cfr., p. ej., FEUERBACH, Revisión, I, p. 156; VON BUENOFF (*Handlungsbegriff*, p. 43 y ss.) entiende bajo la «atribución objetiva» en el sentido de HEGEL la atribución a título de acción, es decir, realización final de la voluntad libre (de un capaz de atribución). Esta es la «*imputatio facti*» de la mayoría de los hegelianos; cfr. KÖSTLIN, *System*, § 57.

Si -como ocurre con JAKOBS- se denomina «doctrina de la atribución» a toda la Dogmática de la Parte general, será quizá más exacto designar a la doctrina del tipo objetivo como «atribución objetiva»; frente a la «*imputatio obiectiva*», a desarrollar en lo sucesivo, la terminología es diferente y equívoca⁹. Una confrontación con la concepción de JAKOBS debería recoger algo más de lo que a continuación es posible. Por tanto, de la crítica a la imputación objetiva, cuya fórmula él no ha adoptado en su doctrina de la «responsabilidad por la causalidad» («*Zuständigkeit für die Kausalität*») («*imputativitas obiectiva?*») solo se verá alcanzado JAKOBS marginal o indirectamente.

II. *Premisas y límites de la investigación*

a) La limitación a los hechos *dolosos* resulta posible porque su diferencia típica frente al delito imprudente es reconocida hoy de forma casi general, pese a que por lo que respecta a una supuesta coincidencia en parte del tipo objetivo existen todavía frecuentes representaciones erróneas.

b) Se parte de la doctrina del *tipo* construida en «tres escalones», como se desarrolló desde BINDING hasta WELZEL. Tal como corresponde con la doctrina dominante entre los seguidores de la «atribución objetiva»; aun la inclusión de las causas de justificación en un «tipo total de injusto» no parece influir sobre la problemática. No

⁹ Ver, sobre esto, al mismo JAKOBS, *Parte general*. 7/5.

se considera la distinción entre tipo de delito y tipo de crimen, en el sentido de BINDING, aunque también su relevancia se muestre marginalmente.

c) La *imputatio obiectiva* se ordena a sí misma en el tipo (objetivo). Su afinidad con la *teoría de la acción* -no solo en HONIG y en H. MAYER-, por tanto, puede ser dejada de lado. Su traslado al concepto de acción solo llevaría a una doctrina supratípica¹⁰.

d) No es posible distinguir (tampoco necesario) entre *tentativa* idónea e inidónea. Tal como corresponde a la doctrina absolutamente dominante, llámese teoría subjetiva o teoría de la impresión¹¹. Sin embargo, quien crea poder distinguir según la peligrosidad, se verá llevado probablemente a la consecuencia de que también debe haber tentativas no peligrosas que, sin embargo, producen el resultado, que -en ese caso- no será atribuido. Sobre tales consideraciones no se podrá entrar en lo sucesivo.

III. *La fórmula de la imputatio obiectiva*

La idea fundamental fue formulada tempranamente por JESCHECK: «Bajo atribución objetiva (responsabilidad) debe

¹⁰ Sobre la función del concepto de acción, ver. Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 21 y ss.

¹¹ Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed., p. 429. Naturalmente que queda intacta la posibilidad de renunciar a la pena si se dan los presupuestos del § 23, 111, StGB. Sobre la terminología, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Parte General*, 3.^a ed., 11/21; KOHL, *Juristische Schulung*, 80, p. 506 y s.

entenderse el juicio sobre la cuestión acerca de si un resultado debe ser tenido como el ‘hecho’ de una persona determinada...»¹². «La sustancia del pensamiento de la adecuación reside en que solo la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado puede corresponderse con el sentido de la norma de prohibición, no debiéndose atribuir sino resultados en los cuales se realizó este riesgo»¹³. De aquí el desarrollo de la fórmula: «Objetivamente atribuible solo puede serlo un resultado causado mediante una acción humana (en el sentido de la teoría de la equivalencia), cuando la acción ha creado un peligro desvalorado jurídicamente y este peligro se realizó en el resultado típico»¹⁴. Frente a otras descripciones, presenta esta concepción dos ventajas decisivas.

1. Aclara que se ha debido tratar de un resultado típico, respecto al cual plantear la cuestión sobre la atribución.
2. Presupone que existe *causalidad*, en el sentido de la teoría de la equivalencia.

Ambas, sin embargo, son cuestionadas en parte por los defensores de la atribución objetiva, en que esto, a su vez, debe ser un problema de imputación objetiva. Por eso, hay que entrar inmediatamente en la cuestión.

¹² *Lehrbuch*, 2.^a ed., p. 207; de forma muy semejante ya en la 1.^a ed., p. 188.

¹³ *Lehrbuch*, 2.^a ed., p. 213 (= 3.^a ed., p. 229); coincidiendo, sobre todo, RUDOLPHI (SK, 1.^a ed., 1975, prefacio al § 1, N.º marginal 57), y ROXIN (recientemente, en *Klug-Festschrift*, p. 311).

¹⁴ *Lehrbuch*, 3.^a ed., p. 231.

B) LA TIPICIDAD DEL RESULTADO, ¿UN PROBLEMA DE SU ATRIBUCION?

I. *Acortamiento de la vida y disminución del riesgo*

De que se trata es conocido. Los intérpretes de la teoría de la equivalencia tuvieron aquí, a veces, graves dificultades de comprensión, conceptuales; que una doctrina moderna de la atribución quiere presentar mejor. Y, sin embargo, se trata de una simple cuestión de interpretación: «Matar a otro hombre» puede definirse (también) como «acortamiento de la vida» de un hombre. Se trata ya de una interpretación casi trivial, porque aquí la Axiología-excepcionalmente- no permite otra alternativa¹⁵.

Consiste, por tanto, en la determinación genérica, por vía de *interpretación*, de qué es un resultado típico. Solo si se ha producido un resultado típico, en el sentido de la interpretación correcta, puedo preguntar por su «atribución objetiva» (o conformarse -como antes- con la causalidad y el dolo). Formulado de otro modo: Aquí no se trata de la imputación objetiva del resultado, sino de la cuestión de si ya existe un resultado típico; solo si se ha producido el resultado determinado correctamente, puede formularse la siguiente pregunta, la que realmente tiene ante sus ojos la atribución objetiva: si este resultado típico debe atribuírsele al autor.

¹⁵ Cabe plantear la pregunta sobre cómo debe decidirse la -apenas imaginable- coincidencia de la muerte frente al discurrir restante o sólo bajo un pequeño acortamiento de la vida. Pero también estas son consideraciones normativas que afectan a la interpretación del resultado típico y a la doctrina del bien jurídico. Vid., sobre todo esto -todavía decisivamente-, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, pp. 86 y ss., 142 y s.

Que la problemática del acortamiento de la vida no tiene nada que ver con la fórmula de la «imputatio obiectiva» arriba tratada, resulta claro. También la idea de acortamiento del riesgo discurre aquí en el vacío. Decir a quien salva la vida (el cirujano, el guía de montaña, la madre) que ha disminuido el riesgo de muerte, por lo que la muerte posterior del salvado «no le será objetivamente atribuida», sería menos una consideración teleológica que una consideración teológica sobre la mortalidad del hombre.

II. *¿Disminución del riesgo para la salud como defecto de atribución?*

El caso es conocido: A desvía el golpe, que si no habría lesionado gravemente en la cabeza a X, sobre su hombro. Puesto que esta lesión dolosa del hombro ha afectado a la salud de X en una medida (bastante) menor que la, en otro caso, lesión en la cabeza, faltara la «*imputatio obiectiva*» y, con ello, la tipicidad. El caso está pensado de tal manera que el desvío del golpe sobre el hombro es *necesario* para salvar la cabeza de X. De esta forma, la justificación aparece claramente en el fondo, y la problemática se reduce.

Interesante y clarificador sólo lo es el ejemplo si A tuvo la posibilidad de desviar *completamente* el golpe, pero opinó que X debía recibir un escarmiento. Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida sino aumentada. (El parágrafo 323 c -omisión del deber de socorro-, además, vendría aquí en consideración).

Si modifico el caso aún más, de tal forma que el golpe desviado sobre la cabeza habría llevado a la muerte de X, entonces

quizá se podría todavía decir que la vida, es decir, la base de la salud, ha aumentado.

Si modifico todavía más el caso, de tal forma que el golpe no se ha desviado sobre el hombro sino sobre un jarrón muy valioso (siempre a manera de escarmiento), resultara más dificultoso: Pero siempre se podrá considerar que el derecho de propiedad es una emanación de la libertad humana, cuyo bien jurídico, de nuevo, se basa en la existencia del hombre, etc., etc.

Puedo interrumpir aquí; no puedo resolver este caso sino solo ordenar metodológicamente los esfuerzos de solución: Se trata de la doctrina del bien jurídico que, a su vez, constituye el fundamento para determinar correctamente el *resultado típico*, p. ej., en el sentido de los parágrafos 223 (lesiones) y 303 (daños). Lo que aquí es más difícil que en el acortamiento de la vida del párrafo anterior. El resultado, sin embargo, permanecerá inalterado: Solo cuando se haya obtenido, mediante la interpretación, la tipicidad del resultado, puede surgir la cuestión, completamente distinta, sobre cuándo el resultado producido típicamente puede serle «atribuido» al autor.

C. ¿LA ATRIBUCIÓN OBJETIVA COMO SUSTITUTIVO DE LA CAUSALIDAD?

Algunos defensores de la «*imputatio obiectiva*» dan la impresión de que las reflexiones sobre la atribución hayan ocupado ya el lugar del nexo causal. Puesto que para su desarrollo y estado de la discusión no hay espacio, deberá resolverse la problemática de mano de dos casos.

I. *¿Procesos causales hipotéticos (?) en el delito doloso de acción?*

El médico da a su paciente, que sufre una enfermedad infecciosa, un medicamento (en otro caso ineficaz) cuyos efectos secundarios, conocidos por el médico, consisten -en el 50 por 100 de los casos- en hacer disminuir sensiblemente las fuerzas defensivas del cuerpo. Tras la muerte del paciente, no se puede constatar que la enfermedad, también sin el medicamento, hubiese llevado a la muerte, porque en lo fundamental no se puede hacer ninguna consideración sobre la «respuesta» a este medicamento.

La prognosis subjetivo-anterior de un hombre *ex-ante*, como la prognosis objetivo-posterior del juez, conducen -se presente la diferencia entre ambos como se quiera- al mismo resultado, que el suministro del medicamento significaba un «aumento del riesgo» considerable. Ahora bien, en tanto que queda sin resolver si ha tenido realmente eficacia, no podrá constatarse nexo causal alguno. (Por lo demás, «*in dubio pro reo*», es decir, tentativa).

El resultado se corresponde, si observo bien, con la que todavía es doctrina dominante. Y es de resaltar que los peritos consultados deberán intentar «reconstruir» (es decir, ponerse en ello) el transcurso de la enfermedad sin el medicamento.

II. *Procesos causales hipotéticos en el delito (cuasi-) doloso de omisión*

El médico A, que desea la muerte de su paciente (P), quien sufre una grave infección, omite proporcionarle un medicamento que -como también A sabe- aumenta, en un 50 por 100 de los

casos, las defensas y actúa manteniendo la vida. También aquí, aclaran los informes que no puede constatarse si el medicamento, en el caso de P, habría actuado manteniéndole la vida o, incluso, solo alargándosela. Aquellos reflejan además que, según el estado de la Ciencia, resulta imposible constatar genéricamente si un determinado paciente «respondería» a este medicamento, a no ser que se le suministre y se observe su eficacia.

Que la conexión aquí cuestionada -en el delito de omisión- se designe como «cuasi-causalidad» o de otra forma, puede dejarse de lado. Hasta hace poco, había unanimidad sobre la aplicabilidad -como ya hizo el Tribunal del Reich en anteriores aplicaciones del principio de la inversión- de la fórmula de la teoría de la condición, invirtiendo sus caracteres: En lugar de «dejar de pensar algo», se coloca el «pensar algo»; aquí, el medicamento. Si el examen del hipotético transcurrir no lleva a resultado alguno, la suerte estará echada de parte de A.

Ciertamente puede decirse aquí que la acción omitida habría disminuido el peligro para la vida¹⁶, y además en un 50 por 100. Pero, de una parte, el pensamiento del aumento del riesgo sirve, en el lugar de su procedencia dogmática -el delito de comisión imprudente-, solo para la elección entre los casos de causalidad demostrada; de otra, la distinción entre la falta de clarificación del discurrir hipotético principal y situacional no es realizable. Pero, sobre todo: El caso de la omisión resulta imposible resolverlo de forma distinta al caso de la comisión. Mientras que el Derecho material distinga, también en el delito de omisión, entre tentativa y consumación, exigirá el Derecho

¹⁶ STRATENWERTH, *Parte general*, 3.ª ed., N.º marginal 1028; RUDOLPHI; S. K. prefacio al § 13, N.º marginal 16.

formal que se respete el hecho de que la consumación no ha sido constatada¹⁷.

D. LA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LA ATRIBUCIÓN

I. *La fórmula como elemento general del tipo*

Para los tipos de prohibición estructurados simplemente de los parágrafos 212 (homicidio) y 223 (lesiones), sobre los que gira fundamentalmente la discusión, habría que exigir en el tipo objetivo: a) la producción del resultado típico; b) la causalidad como «elemento general» de todos los tipos (ENGISCH); c) la atribución objetiva, en el sentido de la formula anterior. Que su aplicación, entonces, aparece también como exigencia general, «elemento general del tipo», está claro. Atribución objetiva significa, en ese caso, que la causación del resultado típico no realiza todavía el tipo, sino junto con la concurrencia de los criterios de la «imputatio obiectiva».

Según la formula, tres cosas deben quedar constatadas positivamente: 1. La acción del actor -antes de la producción del resultado- ha «creado un peligro», 2. Este peligro debe estar «desvalorado jurídicamente», 3. Precisamente «este peligro» debe haberse realizado en el resultado típico. Por tanto, de los dos elementos típicos (producción del resultado y causación) resultan cinco.

¹⁷ Coincidiendo: JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed. p. 503; JAKOBS, *Parte general*, 20/20 (con consideraciones sobre el estado de la discusión).

Pero esta es solo la menor objeción. Más grave resulta que esta fórmula lleva grabada en la frente su procedencia del delito imprudente. Allí contempla ella don conjuntos de problemas; de una parte, la infracción del cuidado objetivo debido en el tráfico, es decir, la genuina problemática de la construcción del tipo en el delito imprudente; y, después, el círculo de problemas al que, desde ENGISCH, nos habíamos acostumbrado a designar como «conexión de antijuricidad» entre la lesión del cuidado y la producción del resultado. ¿Deben trasladarse estos conjuntos de problemas desde el delito imprudente al tipo del delito doloso? ¿Es ello siquiera posible? La valoración como «jurídicamente desaprobada» va en el tipo objetivo especialmente, ¿es conciliable con que solo de la realización total del tipo resulta una valoración que -por hablar con M. E. MAYER- «indicia» la antijuricidad? (Por eso se comprende que STRATENWERTH¹⁸ traslade esta valoración al escalón de la antijuricidad).

Tras todo lo cual, persiste la duda de si se hace justicia a la «pretensión» de la «imputatio» objetiva cuando se le considera elemento general del tipo objetivo. Y esto, sobre todo, si se piensa en cómo lo objetivamente atribuido, por su parte, haya de atribuirse al dolo; un problema sobre el que solo se ha comenzado a reflexionar¹⁹. ¿Qué ocurre, por último, con delitos en los que no existe el paralelo delito imprudente de resultado, p ej., falsedades o estafa?

¹⁸ Parte general, 3.ª ed., N.º marginal 230.

¹⁹ Ver WOLTER, *Objektive and personale Zurechnung*, 1981, pp. 350 y ss. especialmente p. 354; aplicación directa de los § 16 y 17.

II. *La subsunción*

Puede ser clarificador si intentamos aplicar el tipo objetivo del párrafo 212 completándolo con la fórmula anterior. En un caso concreto, habría bastado hasta ahora, para la afirmación del tipo objetivo, que el autor T haya disparado su pistola y X haya fallecido debido a la lesión ocasionada con el disparo. Son necesarias, sin embargo, ulteriores informaciones y valoraciones para constatar los tres elementos típicos incorporados al tipo objetivo mediante la fórmula.

1. La creación del peligro puede afirmarse en todo caso, sin más, si se considera suficiente la causación eficaz de la muerte. Pero, como es sabido, esto resulta muy discutido y ampliamente rechazado, al menos en nuestro caso; el concepto de peligro desarrollado por HORN, falsamente denominado por otros «científico-natural, solo pretende tener validez para los delitos de peligro concreto, y aun para estos de *«lege lata»*. Se trata -desde la mayoría de las posiciones- de la prognosis de un «juzgador objetivo», cuyas propiedades tomamos de la retorta de nuestra Ciencia. (Los ingredientes de saber «nomológico» y conocimiento «ontológico» o capacidad de conocer que introducimos en esta retorta se determinan conforme a lo que esperamos como resultados «justos» o «representativos» para la valoración). Construyamos el caso de tal forma que T, al sacar la pistola, la dirija hacia X, en cuyo caso habría que afirmar la «creación del peligro», conforme a cualquier construcción de nuestro *homunculus* (por lo demás, solo si el juzgador -¡o T!- conocía la presencia de X). Esta problemática de la prognosis no necesita ser profundizada aquí. La

normatividad encubierta -independientemente de que el concepto de peligro se contenga ya en el texto legal o se introduzca en el mediante la interpretación- hace del concepto de peligro un peligro para la determinación del tipo.

2. Afirmar la desvalorización jurídica de este peligro es algo inmediato; y, sin embargo, la manipulación con una pistola cargada en dirección a un hombre vale *«per se»* como *«contraria a cuidado»*. (¡Con ello, la tipicidad, en el sentido de un delito imprudente, se convierte explícitamente en elemento típico del delito doloso!). De forma distinta respecto a la «desvalorización jurídica» parecería si el disparo procede de una pistola que ya está siendo disparada y X, de forma irregular, se introduce en la trayectoria del disparo. (¡Lo que, a su vez, es distinto si T hubiese sabido esto antes de sacar la pistola!).

3. El tercer elemento típico por añadir, al tipo objetivo del delito doloso, según la fórmula de la atribución objetiva, es la realización precisamente de este peligro, que resulta jurídicamente desvalorado, en la producción del resultado típico. Supongamos, por tanto, que nuestro X murió en el Hospital. Entonces, como es sabido, habrá que construir, aunque sigamos caminos discutidos, si en la no evitación de la muerte han jugado su papel un error técnico craso o pequeño, la ausencia de un médico anestesista o solo una anestesia defectuosa, la mayor o normal resistencia constitucional frente a los antibióticos, etcétera, etcétera. Todo esto lo debe valorar también el «observador objetivo», en este caso alguien que ya conocemos por el juicio de adecuación. Si él,

por lo que respecta a sus conocimientos y capacidades, es tan completo como el juzgador de peligros arriba configurado, no puedo decidirlo. En cualquier caso, también este *homunculus* debe proporcionar un juicio normativo en el que, según antiguo uso, se incluye el saber del actor (¡Pero solo el adecuado!) para, también aquí, «evitar resultados injustos»; con lo que se descubre claramente la normatividad de esta valoración.

Se muestra, por tanto, que, en todos estos elementos, que han sido desarrollados desde la fórmula de la «*imputatio obiectiva*», resulta claramente imprescindible el saber del actor como fundamento de la valoración; así, ya para la «creación del peligro» v, sobre todo, para la «desvaloración jurídica» que, de otra forma, más que sin ella, se volatizaría. Si el autor, descuidadamente, pensando que el arma está asegurada, o si, intencionalmente, ha realizado el disparo, o conocía la proximidad de X, pero creyó alcanzar antes el blanco, o si utilizó la oportunidad de acabar con X, más todavía: si sabía algo sobre el estado del Hospital todo esto no es solo esencial sino decisivo para la cuestión sobre si se puede hablar de un entendimiento correcto de aquella fórmula de la «creación de un peligro jurídicamente desvalorado» y de la realización, precisamente, de este peligro²⁰.

III. *El papel decisivo del dolo*

a) Ahora estamos ante el núcleo del problema, delimitar el tipo del delito doloso mediante la imputación

²⁰ Acertadamente resalta WESSELS (13.^a ed., § 6, 11, 3) que la comprobación de la atribución objetiva puede fallar generalmente.

objetiva: A la luz del dolo, se funde la completa problemática como la nieve de abril en el Sol. Existen dos alternativas:

1. O bien el dolo -según las reglas generales- abarca la causación del resultado típico, incluidos aquellos momentos fácticos que pueden dar motivo para reflexionar en el sentido de la atribución objetiva ; en cuyo caso, la problemática, por así decirlo, se resuelve por sí misma: La acción es precisamente «peligrosa» porque es medio conocido (y eficaz) para realizar este resultado; y, además, es la producción del resultado típico precisamente la realización del abarcado por el plan del actor con el medio «peligroso» para su consecución. La «desvaloración jurídica» resulta por sí misma, puesto que con la dolosidad de la realización del tipo objetivo existe ya toda la tipicidad, en el sentido del parágrafo 212. El dolo no puede incluir sin más la «desvalorización jurídica» de la acción «creadora de peligro» abarcada por el dolo, si no se quiere tirar por la borda la distinción con el conocimiento de la antijuricidad. Ciertamente que hoy, en el marco de las doctrinas modernas de la atribución, se base, a veces, del conocimiento de la antijuricidad parte del dolo, deviniendo con ello el conocimiento de la antijuricidad su presupuesto. Pero, con este lapsus no se pretende ni el abandono consciente del injusto no culpable ni una vuelta a la Dogmática de los hegelianos.

2. La segunda alternativa es que, precisamente, lo que falta es el dolo. también, entonces, toda la especulación anterior, dentro del tipo objetivo, sobre si existe «*imputatio obiectiva*», sería ya superflua de una forma lastimosa.

Contra esta conclusión provisional, que decide la ausencia o presencia del dolo y que, por lo demás, no lleva a considerar los criterios de la imputación objetiva, caben objeciones.

b. La primera objeción consiste en que las alternativas acabadas de ponderar -presencia o ausencia del dolo- no son tales. ¿No existe todavía una tercera posibilidad?, ¿la del desvío causal representado (incluido el «*dolus generalis*»), donde la aplicación del juicio de adecuación -inherente a la atribución objetiva- se plantea frecuentemente desde hace tiempo, y ha llegado a set lugar común? No sorprende, por ello, que la doctrina de la atribución objetiva haya creído encontrar en este ámbito un punto solido de apoyo²¹.

Ciertamente que entramos con esta diferencia entre proceso real y representado en un terreno conocido desde hace tiempo, aunque realmente resbaladizo. Ello hace necesario -precisamente en conexión con nuestro asunto- algunas consideraciones previas:

1. No se trata ahora de aquellos desvíos donde el autor, por su falta de conocimiento causal preciso,

²¹ Ver, sobre todo, WOLTER, *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89. p. 649 y ss.

desconoció la clase exacta de efecto del medio empleado -el efecto del veneno o el funcionamiento de la pistola que se dispara- o el preciso momento y las circunstancias concomitantes de producción de la muerte, sino de aquellos casos en los que solo con la ayuda del juicio de adecuación u otra forma de valoración, también normativa en última instancia, resulta la «atribución a título de dolo»²².

2. Sin clarificar parece la cuestión acerca de por qué esta constelación puede ser abarcada como delito doloso consumado, pese a que «realmente» interviene la regla de «no atribución» conforme al parágrafo 16 («Quien, al realizar el hecho, desconoce alguna circunstancia perteneciente al tipo legal, no actúa dolosamente»).

3. Debería estar claro que aquí se trata de una ampliación del ámbito del delito consumado. La atribución objetiva persigue, precisamente en el tipo objetivo, una limitación que -consecuentemente debe alcanzar también a la tentativa.

²² Así se manifiesta HERZBERG (en ZStW 85, p. 884; de forma, por lo demás, limitativa, ahora, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pp. 369 y ss., 374) «en la delimitación del dolo sin restricciones», «que un concreto acontecimiento imprevisto no puede ser dolosamente ejecutado» («solución de la tentativa»). Partiendo del punto objetivo («solución de la consumación»), plantea WOLTER (ZStW 89, p. 650), en «la concepción dogmáticamente moderna», la «cuestión directriz»: «¿Con que amplitud se pueden atribuir objetivamente al autor procesos causales puestos en marcha por él también como dolosamente ejecutados, si su dolo no los alcanzó ya precisamente?».

4. La fundamentación para incluir los casos de desvío adecuadamente causado reside y depende de la ponderación de si el autor poseía sin más el dolo total, este ha llegado hasta la tentativa acabada y, por ello, al menos no contradice a la justicia si solo con el resultado adecuadamente producido es castigado como corresponde a este²³.

Ya de estas indicaciones resulta:

1. La problemática de los casos de desvío no puede resolverse «*in toto*» «ya» en el tipo objetivo mediante la «atribución objetiva»²⁴. Pues la valoración, aquí, si se quiere mantener la dirección seguida hasta ahora para su solución, debe conectar con aquello que el autor, dolosamente, ha realizado de hecho, es decir, con el plan del hecho. En lugar de la supuesta simplificación resulta, por tanto, una complicación.: Primero, se debe atribuir «objetivamente» en el tipo objetivo: después, se debe atribuir algo «subjetivamente» (?) al dolo (¡existente!) en la parte subjetiva del tipo, para lo cual -como muestran JESCHECK y JAKOBS- los principios de la atribución objetiva habrán de aplicarse como corresponden.

²³ Cfr. , sobre esto, NOLL, ZSfW 77. p. 5.

²⁴ JESCHECK. *Lehrbuch*, 3.^a ed., pp. 250 y s., especialmente nota 74 a. Coincidiendo, en parte, JAKOBS, *Parte general*, 8/64 y ss. (especialmente 65 y 67).

2. Una objeción contra el resultado actual -papel decisivo del dolo- no surge de los casos de desvío. Pero la doctrina de la atribución objetiva ha redescubierto en este ámbito otro problema: Si tranquilamente partimos del caso común (?), de que la aplicación de los criterios de imputación conduciría al mismo resultado en el tipo objetivo y en el tipo subjetivo, o sea, la atribución al tipo objetivo y al dolo. Así: tras el disparo, la muerte se ha producido a consecuencia de una infección en el hospital. En el dolo se constata que el autor nunca pensó en el hospital, sino sólo que el disparo produce inmediatamente la muerte de la víctima. ¿Por qué no exijo ahora realmente que el dolo alcance al fundamento (fáctico) de la atribución objetiva? Esta es la pregunta fundamental que para la doctrina de la atribución objetiva se plantea más agudamente que hasta ahora²⁵.

Una punición por consumación, aunque el dolo no abarca precisamente esta forma de consumación, necesita una fundamentación en el Derecho penal de la culpabilidad. Esta justificación solo puede encontrarse en la ponderación ya reproducida de que -a causa de la, en cualquier caso existente, tentativa acabada- la totalidad del dolo y de la culpabilidad existen sin más. Esta fundamentación decae para la inclusión de los casos de desvío irrelevante si se piensa que en los casos de producción del resultado

²⁵ *Vid. supra* y en relación con 1a nota sobre HERBERG.

existe una culpabilidad más grave, en cualidad y cantidad. Esta es, sin embargo, exagerando en parte polémicamente, la concepción que hoy domina por completo. Para este punto de vista, debe extrañar -dicho suavemente- que el acontecimiento decisivo para la cantidad de culpabilidad en el delito doloso -la producción del resultado- solo sea atribuida al hecho, al dolo y a la culpabilidad por vía de una consideración normativo-objetiva, cuyos criterios para ello todavía discute la doctrina.

Si, conforme a esta concepción, la total culpabilidad depende necesariamente de la producción real del resultado concreto, deberá dirigirse, consecuentemente, el dolo también a la producción de este resultado; es decir, más allá del parágrafo 16, no está permitida la inclusión de procesos fácticos, de tal forma que habría de seguirse la «solución de la tentativa».

Distinto es desde el punto de vista según el cual ya con la tentativa acabada (el antiguo «*delictum perfectum*») se da la total culpabilidad por dolo; este pensamiento era ya dominante -frecuentemente de forma tácita- con anterioridad²⁶. Y no tiene ningún problema en

²⁶ Así, p. ej., RADBRUCH, *Vergleichende Darstellung, Parte general*, t. II (1908), p. 227; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 331; KADECKA, *Monatsschrift für Kriminologie*, 1931, pp. 65 y ss., 67 y ss.; WELZEL, *Parte general*, 1.º ed., 1940, p. 93; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen*

los casos de desvío. Este puede defender tanto la «solución de la tentativa» como la «solución de la consumación»; en definitiva, se trata entonces solo de establecer un haz de procesos causales desviados con sentido (quizá también «racionalmente final») que puede darse con el juicio de adecuación²⁷.

3. Si se sigue la «solución de la consumación», y se aplica al proceso causal desviado del plan del autor el criterio de la

Strafrecht, 1942, pp. 19 y 42; SEUFFERT, *Ein neues StrGB für Deutschland*, 1902, pp. 53 y s.; cfr. también, MERKEL, *Lehrbuch*, 1.ª ed., 1889, pp. 125 y s.; DOHNA, *ZStW*, 32, pp. 337 y s.; HOLD VON FERNECK, *ZStW* 32, pp. 256 y s.; FRANK, *VD PG*, t. V (1908), pp. 225 y s.

²⁷ Este es también, p. ej., el punto de partida de WOLTER para desarrollar su doctrina de la atribución objetiva (*Objektive and personale Zurechnung*, pp. 26 y ss., especialmente p. 27). En las conclusiones de WOLTER (pp. 356 y ss.) esto ya no resulta sin más claro. Sin embargo, ni la misma aguda discusión con el tachado de «subjetivista» ZIELINSKI puede ocultar que WOLTER comparte con él la misma posición de partida. Todo resulta oscurecido en WOLTER en cuanto que después se desarrolla un concepto de culpabilidad teleológico-general-preventivo.

Precursor, no obstante, fue SCHMIDHÄUSER, para quien «*da lesión de la exigencia de respeto que surge del bien jurídico*», es decir, la tentativa, constituye la total medida del injusto y la culpabilidad, mientras «*da producción de un resultado nocivo*» «*en cambio solo resulta significativa bajo el punto de vista de lo merecedor de pena*»; con ello, en la concepción de SCHMIDHÄUSER, incluye lo «*merecedor de pena*» la cuestión de la necesidad de pena y, con ello, consideraciones teleológicas ajenas a la culpabilidad (*Parte general*, 1.º ed., 8/pp. 89 y ss.; cfr. 2.ª ed., 8/pp. 79 y ss.). Si SCHMIDHÄUSER habla ahora también de «*atribución objetiva*» en conexión con la producción del resultado así entendida, entonces no le alcanza la crítica a la «*imputatio obiectiva*».

adecuación causal, queda por resolver la cuestión dogmática sobre cómo se ha de clasificar este criterio. La respuesta la dio ENGISCH hace más de cincuenta años²⁸: La inclusión en el tipo de error queda descartada; de no ser así, la representación del autor debería referirse al proceso causal no representado. Lo que queda es una «condición objetiva de punibilidad», que puede permanecer en el tipo de crimen («*Verbrechenstatbestand*») (en el sentido de BINDING). En cualquier caso, se ha de insertar detrás del dolo, pues su desvío del mismo es precisamente el objetivo de la valoración. Esto significa: La problemática puede y debe, como hasta ahora, permanecer agregada al dolo.

Con ello, está decidida la problemática del desvío: Este no tiene nada que ver con la doctrina de la imputación objetiva ni con su fórmula²⁹.

²⁸ ENGISCH. *Untersuchungen*. p. 80.

²⁹ La «solución de la consumación» no puede ser fundamentada desde ningún punto de vista en los siguientes casos: El autor desconoce que ya en el estadio de la preparación, o durante el tiempo de la tentativa inacabada, ha desencadenado la causación de la producción del resultado (perseguido). Si no se ha llegado a una tentativa acabada en correspondencia con el plan del hecho, sólo viene en consideración una punición por tentativa (inacabada) que, en su caso, decaerá por el desistimiento. Así, JAKOBS, *Parte general*, 8/p. 76; HRUSCHKA, *Parte general*. p. 34; SCHROEDER. *Leipziger Kommentar*, § 16, N.º marginal 34. El precursor fue Horst SCHRÖDER, mediante la solución de que el desistimiento del autor conduce a la impunidad a través del distanciamiento del plan (JuS 1962. p. 82).

c) Una segunda objeción contra el papel dominante del dolo podría llevar a considerar necesaria la inclusión del conocimiento del autor en la atribución objetiva. A los dos juzgadores objetivos, que deben valorar de una parte el peligro y de otra la realización de este peligro, precisamente, en el resultado, se les deberá imputar el conocimiento del autor; lo que, de esta forma, se decide ya aquí, y no en el dolo.

Prescindiendo por completo de que en este punto la discusión es muy grande, no sirve en absoluto esta contabilidad. Pero, sobre todo: Entonces, al menos toda la componente intelectual del dolo debería desplazarse al tipo objetivo. Con ello no se puede dar por satisfecha. Si se hubiera de producir una construcción dogmática clara para ordenar los elementos del delito, habría que trasladar todo el dolo. En última instancia, y para evitar cualquier fricción, debería aparecer el dolo en el primer puesto.

Contra tal construcción, como ocurre en la tentativa, no hay en puridad objeción alguna. Ahora bien, ¿se habría ganado algo con ello? Claramente no; el papel dominante del dolo sólo resultaría confirmado, ahora también externamente. De esta forma, podemos continuar, por su practicabilidad y tradición, comenzando con la comprobación que nos es familiar del tipo objetivo, además sin intentar allí una imputación objetiva.

IV. *¿Aplicación de la fórmula al hecho doloso?*

Los problemas de la determinación del resultado típico, del «aumento del riesgo» como sustitutivo de la causalidad y el desvío del proceso causal representado, han sido excluidos definitivamente del ámbito de la imputación objetiva. Sin embargo, en favor de la «doctrina moderna de la imputación», queda por considerar si podría ser puesta en relación con el hecho doloso total.

¿Se podría aplicar quizá la fórmula a la causación dolosa del resultado, es decir, prescindiendo de la fórmula, a la acción típica en el sentido del párrafo 212? La respuesta debe desarrollarse partiendo del siguiente caso:

a) A pone a su mujer en un autobús «en marcha» hacia la casa de vacaciones que tienen en el Sur, donde ya espera la botella con el brandy envenenado a su degustadora. Si A sabía todo esto, es claro el resultado de la subsunción. Y ello, aunque el riesgo del viaje en autobús creado por A, con toda seguridad, no es uno «jurídicamente desvalorado» (y no se ha realizado en el resultado). El caso muestra que mediante una única y la misma acción pueden crearse varios resultados típicos equiparables. Que entonces, por así decirlo, decide el dolo, resulta evidente. De otra parte, sin embargo, muestra el caso que algo no funciona con la concepción de nuestra fórmula: La cuestión sobre si la creación dolosa de un peligro de envenenamiento resulta «jurídicamente desvalorada» es superflua, porque ya está respondida por el tipo del párrafo 212. Por contra, podría ser mucho más acertado preguntar, exactamente al

contrario, si la creación de un peligro excepcionalmente no está desvalorado; lo que se muestra con la siguiente valoración de nuestro caso: Si A, que no sabe nada sobre el brandy envenenado, solo hubiera pensado que su mujer moriría mediante un accidente del autobús, entonces si es acertado preguntar si la creación de este riesgo no deberá ser valorado como jurídicamente no desvalorado (como permitido, como adecuado socialmente).

De esta forma, se puede resolver ahora, en la subsunción, el intrincado problema ya tratado sobre de donde debe derivarse, en el tipo objetivo de un delito doloso, la «desvalorización jurídica» de una acción: No se trata de esta en absoluto sino («excepcionalmente») de la «aprobación jurídica» de riesgos (realizados dolosamente). Y, sin embargo, se circunscribe el ámbito de aplicación de la formula -incluso aunque se relacione con 1: producción dolosa del resultado- a un grupo de casos que solo afecta a pocos delitos. Se trata, por lo demás, de un auténtico problema del tipo; ¡Por eso afecta también a la tentativa!

b) Pero, también en este grupo de casos debe comprobarse si el dolo «interviene», en la medida en que estos casos se resuelven con la doctrina del dolo: Si A convence a su mujer para que realice el viaje en autobús, sabiendo que sus frenos no funcionan, entonces existe ciertamente dolo, pero -y esto no se discute- no un caso de riesgo «aprobado jurídicamente». Si, por contra, contra su esperanza solo en los riesgos generales del tráfico, habrá que negar ya los presupuestos mínimos del dolo; así FRANK, al que siguen BOCKELMANN y H. J. HIRSCH,

«si la representación de la posibilidad es una simplemente general, es decir, si se basa en que con acciones de este tipo puede producirse un determinado resultado (muerte en un viaje automovilístico)»³⁰. WELZEL³¹ niega la voluntad de realización; ENGISCH, a quien he seguido, exige que debe «realizarse psicológicamente un juicio objetivo de adecuación»³². también JESCHECK rechaza en tales casos «por falta de dominio del proceso causal una acción dolosa de homicidio»³³.

Así, parece que ya la teoría del dolo proporciona la solución correcta. Sin embargo, de la misma forma que la nieve de abril no se evapora totalmente por el Sol sino que una parte penetra en el suelo, fundida en agua, quedan aquí constelaciones que todavía no se resuelven con la doctrina del dolo:

³⁰ FRANK. *Strafgesetzbuch*, 18.º ed., § 59, anotaciones V y IX; HIRSCH, L.K., 9.º ed., prefacio al § 51, N.º marginal 25; BOCKELMANN, Parte general. § 14, IV, 2, a.

³¹ *Strafrecht*, 11.º ed., p. 66.

³² Armin KAUFMANN, *ZStW*, 70, p. 81 (*Strafrechtsdogmatik*, pp. 73 y s.). ENGISCH (*Untersuchungen*, pp. 200; 157 y ss.) piensa aquí en la «adecuación en sentido amplio» (en contraposición con la más arriba tratada, en relación con los casos de desvío, adecuación en sentido estricto; ver p. 80). Se debe coincidir con él también en que esta delimitación del dolo es «un resultado de puntos de vista valorativos» (*Untersuchungen*, p. 167; cfr. también SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB*, prefacio al § 12, N.º marginal 40). Naturalmente que esta valoración no tiene nada que ver con la valoración positiva del riesgo.

³³ *Lehrbuch*, 3.ª ed., p. 231.

E. EL ACTUAR ARRIESGADO PERMITIDO

I. Si el automovilista K inicia el adelantamiento de una motocicleta y de otro automóvil, podrá reconocer el peligro de que el motociclista X «de pronto» -sin cerciorarse y sin avisarlo a tiempo- inicie, por su parte, el adelantamiento. La posibilidad del accidente mortal de X, que K se representa, no es tan «general» o tan «ajena» como para que no pueda bastar para el dolo; máxime si K sabe que durante el adelantamiento no tendrá ya más influencia sobre los acontecimientos³⁴.

Pese a la estimación, en lo principal, del dolo en el sentido del parágrafo 212 (incluso intencionalidad puede haber), no existe, sin embargo, duda alguna sobre el resultado de la valoración, independientemente de que se eche mano del «riesgo permitido» de BINDING, de la «relevancia» en el sentido de MEZGER v BLEI, de la «adecuación social» de WELZEL, del «principio de la confianza» o de la «moderna doctrina de la atribución»; incluso la más exacta fijación dogmática, como exclusión de la tipicidad, podría prevalecer hoy. (De otra forma recae la valoración si K reconoce muestras de que X quiere adelantar)³⁵.

³⁴ Cfr. sobre esto y sobre todo el apartado: STRATENWERTH, *Parte general*, 3.º ed., N.º marginal 337 y ss., especialmente 346; JAKOBS, *Parte general*, 7/p 39 y ss.; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, 1974, pp. 194 y ss.

³⁵ Seguramente que ROXIN va demasiado lejos con la formulación (*Klug- Festschrift*, p. 305): «La causación del resultado muerte que se produce con la participación en el tráfico moderno no es una acción homicida en el sentido del parágrafo 212 y ss., cualquiera que haya sido la

II. Era, por ello, importante que ROXIN haya confrontado su concepto de atribución con el pensamiento de WELZEL sobre la adecuación social e, indirectamente, con otros intentos de solución. Aquél critica el concepto de adecuación social, entre otras cosas, por ser un «criterio manipulable, convertido en cláusula general», que «puede emplearse para las finalidades más variadas»³⁶. Casi todavía más aguda ha sido la crítica sobrevenida del discípulo de WELZEL, H. J. HIRSCH³⁷. No tengo reparos en darle la razón, sobre todo por el desarrollo que el empleo del concepto ha encontrado incluso fuera del Derecho penal. Acertadamente, afirma ROXIN, «resumiendo», «que el principio de la adecuación social persigue una meta correcta si se le usa para delimitar el tipo a comportamientos típicos delictivos, generalmente prohibidos»³⁸. también WELZEL³⁹ entendió la adecuación social como «principio general de la interpretación». Por ello, es correcto el camino iniciado por HIRSCH, seguido también por ROXIN, de considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la interpretación de los tipos particulares y, al mismo tiempo, resolverla⁴⁰.

voluntad del causante». ¡Aquí deberían conducir a una formulación más exacta los «*métodos más exactos de delimitación de la tipicidad*» que la moderna doctrina de la atribución cree tener a su disposición!

³⁶ ROXIN. *Klug-Fest*, pp. 305 y 310.

³⁷ LK, 9.º ed., prefacio al § 51, N.º. marginal 22.

³⁸ *Klug-Fest*. p. 310.

³⁹ *Strafrecht*. 11.ª ed., p. 58.

⁴⁰ HIRSCH, *ZStW*, 74, pp. 87 y ss., LK, 9.ª ed., prefacio al § 51, N.º marginal 22; ROXIN, *Klug-Festschrift*, pp. 312 y s. La orientación de ROXIN hacia «*el ámbito de protección del tipo afectado*» coloca, por lo demás, en el lugar del pensamiento de la adecuación social,

También nosotros, con nuestras reflexiones, nos encontramos dentro de la Parte especial, es decir, en el tipo del parágrafo 212 (o del parágrafo 223). Cuando ROXIN quiere explicar, mediante la aplicación de la fórmula de la «*imputatio obiectiva*», el antiguo y conocido caso del sobrino que convence a su acaudalado do para que viaje en tren, dado que la «doctrina moderna de la atribución» posibilita «en tales casos reglas mucho más exactas sobre delimitación de la responsabilidad», no puede satisfacer todavía. Mas interesante sería la modificación: El padrastro que acaba de saber casualmente que el vigilante de la próxima estación esta embriagado, coloca rápidamente a su ahijado de dote años en el tren accidentado. La conclusión -no exclusión de la tipicidad- supone para la formula no solo las conocidas dificultades respecto a la inclusión del conocimiento, decisivo, del autor; aquí se trata de la procedencia de los criterios de valoración que hacen aparecer al conductor del automóvil que adelanta con dolo de matar actuando de forma no típica, y sí en cambio al padrastro.

Estos criterios, sin embargo, no resultan todavía de los conceptos de «irrelevancia jurídica» (ROXIN) o de «adecuación social» (WELZEL), de no prohibición o autorización. No se aprecia una mayor exactitud. En cualquier caso, el empleo -ciertamente no nuevo- del concepto «riesgo» sirve mejor para marcar estas pocas constelaciones de casos en el delito doloso⁴¹.

un concepto que, por su parte, vuelve a estar muy necesitado de contenido.

⁴¹ Que el riesgo no prohibido, delimitativo de la tipicidad, pueda

También aquí se trata de «corregir la tipicidad» en los tipos particulares (¿«riesgo permitido» en el falso testimonio?). También aquí es imprescindible la doctrina del bien jurídico.

F. CONCLUSIÓN METODOLÓGICA

I. *Parte general y Parte especial*

a) A la Parte general pertenecen, genuinamente, solo dos de los problemas que han sido abarcados por la doctrina de la imputación objetiva: la causalidad y el desvío irrelevante del proceso causal representado.

1. Como ha reconocido JESCHECK, el «*nexus*» causal permanece sin modificar; ha de ser concebido en el sentido de la teoría de la condición, rectamente entendida. La atribución objetiva (aumento del riesgo) no puede sustituirla.

2. La polémica sobre la inclusión de los casos de desvío en la atribución objetiva tiene

ser incluido en el tipo del § 212 (o en el del 223) como «*elemento objetivo normativo concebido negativamente*» o deba configurarse como una «*descripción de la acción contraria*» (Armin KAUFMANN, *Klug-Festschrift*, pp. 28 y s. -ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1984, pp. 9 y s.) puede dejarse ahora de lado; en cualquier caso, se trata de una «*reducción teleológica*» del tipo en el sentido de ROXIN (*Klug-Festschrift*, p. 312).

el mérito de haber vuelto a destacar el antiguo parecer de ENGISCH: Quien -como la llamada «solución de la consumación»- incluye los procesos causales desviados del plan del actor en el ámbito de la consumación dolosa, puede hacerlo mediante el añadido de una condición objetiva de punibilidad; esto es irreprochable (caso de que no resulte contradictorio, inmanentemente, al sistema). Con ello, no se ha decidido todavía sobre la adecuada medida de la extensión.

Esta inclusión del desvío adecuado no puede resultar ordenada en el tipo objetivo, ni siquiera como condición objetiva de punibilidad, sino que debe -como hasta ahora- permanecer añadida al dolo.

b. Todos los demás problemas y casos pertenecen a la Parte especial. Las investigaciones de los grupos particulares de casos aclaran que, dentro de la «*imputatio obiectiva*», existe una tendencia al desplazamiento del concepto más allá de sus fronteras: Introducido con la finalidad de predecir de forma más inmediata y mejor que la teoría de la equivalencia el nexo entre el resultado y el actor, podemos decir que se convierte en nexo doloso; transformándose en un conjunto de problemas interpretativos de diversa clase, que residen en terrenos totalmente distintos. Lo que resulta adecuado a los resultados típicos debe ser correcto para otros elementos del tipo. Y, desde el punto de partida de muchos defensores de la «*imputatio obiectiva*» -los delitos imprudentes de resultado- de hecho, consiste la

tarea en obtener los criterios de la tipicidad no contenidos en la ley. Por este camino no hay ningún límite. Al final de la doctrina moderna de la atribución, así entendida, desaparecerían no solo los «principios de interpretación» de la tipicidad, sino los mismos tipos.

Esta no es, por cierto, la meta de la atribución objetiva. Sin embargo, su afinidad con la Parte especial no es nueva, y sale claramente a la luz. RUDOLPHI⁴² ha insistido expresamente en que se trata de problemas de la Parte especial. No obstante, de ahí deben extraerse consecuencias metodológicas. La teoría de la relevancia (MEZGER, BLEI) remitió desde el principio a los tipos en especial.

Prescindiendo de la causalidad, alcanza ahora también esta problemática a la atribución objetiva tal como la entiende JAKOBS: Para el «riesgo permitido» ya se ha evidenciado; habrá que cuestionar de delito doloso en delito doloso si es, sin más, relevante, y caso de serlo, de qué forma. Lo propio vale para el consentimiento excluyente de la tipicidad, cuyos criterios han de desarrollarse desde la peculiaridad del tipo en cuestión. También las posiciones de garante son, en los delitos de omisión, un problema de la Parte especial que, solo por las razones conocidas, de historia dogmática y legislativa, deben ser tratadas en la Parte general. La transferencia de la doctrina de la garantía al delito de comisión no introduce modificación alguna en esto. La sugestiva

⁴² SK, 38.^a ed., prefacio al § 1, N.º marginal 62; de forma semejante ROXIN. *Klug-Festschrift*, p. 312.

frase de que «nadie puede ocuparse de todo»⁴³ no es, con toda seguridad, tampoco en la concepción de JAKOBS, un principio general. Ya en el ámbito de las omisiones, habría que oponerle que todo accidente si es cosa de cualquiera, v en el ámbito de la prohibición de matar vale plenamente: A todo aquel que mata dolosamente si le importa su víctima algo. Brevemente, en todo esto la cuestión es si no se trata solo de un problema de interpretación del tipo considerado.

Con la «atribución objetiva» solo se desemboca en la Parte general si permite mostrar estructuras generales sobre las que la normatividad se puede «consolidar».

II. *¿Criterios de interpretación?*

¿Qué queda de la imputación objetiva? Un «*nexus*» especial entre el resultado típico y el autor, que pudiese designarse como «atribución objetiva», no es posible. Lo que queda es un conjunto de *topoi*, útil para la interpretación de este tipo o aquel, a veces para grupos de tipos.

Parece que el destino histórico de las cosas es el de avanzar en esta dirección. H. MAYER ha llamado, justamente, la atención sobre el hecho de que la doctrina del hecho de BINDING no fue otra cosa sino el intento de desarrollar una doctrina de la atribución objetiva. Persiguiendo tal finalidad en la Parte general, fracaso BINDING; y, sin embargo, reside aquí la razón de la elaboración magistral de BINDING de la Parte especial, cuya vitalidad hemos de agradecer.

⁴³ JAKOBS, *ZStW*, 89, p. 30.

También WELZEL fracasó en el intento pasajero de elevar la doctrina de la adecuación social a causa de justificación general, por vía consuetudinaria. Su doctrina, convertida por él mismo, dando marcha atrás, en «principio de interpretación» para la delimitación de los tipos de la Parte especial, resulta todavía hoy imprescindible.

No sería lo peor que los períodos de la imputación objetiva acabaran en tal fructificación de la Parte especial.

NORMAS PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y LIBROS

**INSTRUCCIONES A LOS AUTORES
PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS
EN LA REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL**

La revista *Derecho Penal Central* es una publicación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, que difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del Derecho en el Ecuador y otros países.

Los autores al presentar sus contribuciones a la revista *Derecho Penal Central* declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, los mismos que ceden al Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas y a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Si el autor llegare a presentar el artículo, ya publicado, a otra revista deberá notificar el particular al editor de la *Revista Derecho Penal Central*.

El artículo debe ser remitido en soporte digital a los siguientes correos:

decanato.fjcps@uce.edu.ec

subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

derpenalcentral@gmail.com

A la atención de: revista *Derecho Penal Central*.

Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:

Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, el título, un resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente) y 5 a 7 palabras claves. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con gráficos o figuras, estas se deberán entregar numeradas.

Las colaboraciones en revista *Derecho Penal Central* pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico; y, deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán ajustarse a las normas de estilo de la Modern Language Association MLA. Deberán ser escritos en formato Microsoft Word, en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1.5, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.

En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.

Debido a que la revista *Derecho Penal Central* se publica anualmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio.

Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.

Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser «publicable», «no publicable» o «publicable con observaciones».

La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.

La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la Revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.

El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.

El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial, o un miembro del Consejo y otro que será escogido por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.

El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles, para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:

- Si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación.
- Comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar).
- Sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos, etc.).

POLÍTICA DE DERECHOS DE AUTOR

Los autores que publiquen en la *Revista Derecho Penal Central* se adhieren a los siguientes términos:

En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la *Revista Derecho Penal Central* los derechos de reproducción y distribución de su artículo, para su explotación en todos los países del mundo, en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la Licencia de reconocimiento de *Creative Commons* que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en esta revista.

Los autores podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada (p. ej.: depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico) siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.

Se recomienda a los autores difundir su obra a través de Internet (p. ej.: en archivos telemáticos institucionales, repositorios, bibliotecas, o en su página web), lo cual puede producir intercambios interesantes y aumentar las citas de la obra publicada.

RESPONSABILIDADES DE LAS PERSONAS REVISORAS EXTERNAS

Las personas revisoras, en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto se les adscriben las siguientes responsabilidades:

Rol de revisores o arbitraje

Toda persona que se encarga de revisar de manera voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen seguirán las pautas establecidas por la revista, ajustándose a las normas editoriales que se encuentran disponibles en el siguiente link:
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec/>

Conflicto de intereses

En caso de existir un conflicto de intereses, de cualquier índole, las personas revisoras se comprometen a informar a la revista de inmediato, en cualquier momento del proceso.

Confidencialidad

Las personas revisoras deben respetar el contenido de cada artículo en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial.

Retroalimentación

Toda crítica al artículo se realizará en forma objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes correspondientes, según lo solicitado por la revista. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será excluido.

Modalidad de arbitraje

Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (sistema de pares a doble ciego). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que dos expertos en la materia sobre la que tratan los evalúan y emiten un dictamen sobre la vialidad de la publicación.

Responsabilidades del comité editorial

El comité editorial vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

Competencia

El comité editorial de la revista *Derecho Penal Central* es el único responsable, con el director/editor que lo preside, sobre el carácter de publicable de los artículos.

CÓDIGO DE CONDUCTA Y MEJORES PRÁCTICAS DIRECTRICES PARA EDITORES DE REVISTAS¹

Antecedentes / estructura

El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de cope se adhieran. Las Directrices sobre las Mejores Prácticas son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque cope espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas (y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido), somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de *Mejores Prácticas* (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las Mejores Prácticas aparecen en cursiva.

¹ Obtenido de la página web: <http://www.publicationethics.org>.

Deberes y responsabilidades generales de los editores

Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:

- Tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- Esforzarse para mejorar constantemente su revista;
- Establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
- Abogar por la libertad de expresión;
- Mantener la integridad del historial académico de la publicación;
- Impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas; y,
- Estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del Consejo Editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- *Fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- *Trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo,*

- diseñadores, abogados);*
- *Apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*
 - *Apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;*
 - *Evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas;*
 - *Asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

Relaciones con los lectores

Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *Garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*
- *Adoptar procesos que fomenten la exactitud,*

integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo, MIAMI, CONSORT);

- *Considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *Adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); y,*
- *Informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del Consejo Editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

Relaciones con los autores

- Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;
- Los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;
- Los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

- Debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;
- Las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;
- Los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- Los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y / o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, ICMJE5, Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores);*
- *Publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación;*
- *Asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de*

-
- rechazarlo por intereses contrapuestos);*
- *Respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
 - *Guiarse por los diagramas de flujo de COPE (<http://publicationethics.org/flowcharts>) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
 - *Publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de flujo de COPE);*
 - *Publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

Relaciones con los revisores

1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

Los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;

Los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación incluidos los animales-, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);*
- *Animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;*
- *Considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);*
- *Enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;*
- *Favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista;*
- *Alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;*
- *Realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;*
- *Desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;*
- *Dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de*

-
- forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;*
- *Asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;*
 - *Utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas); y,*
 - *Seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.*

Relaciones con los miembros del Consejo Editorial

Los editores deben proporcionar a los nuevos miembros del Consejo Editorial las directrices y normas sobre todo lo que se espera de ellos y deben mantener informados a los miembros existentes sobre las nuevas políticas y normas de la revista.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Tener una política clara para gestionar las entregas de trabajos por parte de los miembros del Consejo Editorial que asegure una revisión imparcial de los mismos;*
- *Identificar de forma apropiada a los miembros del Consejo Editorial debidamente cualificados que puedan contribuir activamente al desarrollo y buena gestión de la revista;*
- *Revisar periódicamente la composición del Consejo Editorial. Proporcionar una orientación clara a los*

miembros del Consejo Editorial sobre sus funciones y obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes:

- *Actuar como embajadores de la revista;*
- *Apoyar y promover la revista;*
- *Buscar los mejores autores y los mejores trabajos (por ejemplo, a partir de los resúmenes de reuniones científicas) y motivarles activamente para que envíen sus artículos;*
- *Revisar los envíos de trabajos a la revista;*
- *Aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación; y,*
- *Asistir y participar en las reuniones del Consejo Editorial.*
- *Consultar a los miembros del Consejo Editorial de forma periódica (por ejemplo, una vez al año) con el fin de valorar sus opiniones sobre el funcionamiento de la revista e informarles sobre cualquier cambio en la política de la revista y sobre los retos futuros.*

Relaciones con los propietarios de las revistas y editoriales

La relación de los editores con los propietarios de las revistas o los grupos editoriales es a menudo compleja, pero debe basarse firmemente en el principio de independencia editorial.

Los editores deben decidir qué artículos se publican basándose en la calidad y en su adecuación a la revista, sin interferencia por parte del propietario o del grupo editorial encargado de la publicación.

Los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial.

Los términos de este contrato deben ser coherentes con el Código de Conducta COPE para Editores de Revistas.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Establecer mecanismos para gestionar los desacuerdos que puedan producirse entre ellos y el propietario/grupo editorial con el fin de garantizar el proceso; y,*
- *Comunicarse regularmente con el propietario y/o grupo editorial encargado de la revista.*

El proceso editorial y la revisión por pares

Los editores deben esforzarse por asegurar que la revisión por pares en su revista sea justa, imparcial y oportuna.

Los editores deben contar con sistemas que aseguren que los materiales enviados a la revista preservan su confidencialidad durante todo el proceso de revisión.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Garantizar que las personas que participan en el proceso editorial (incluidos ellos mismos) reciben una formación adecuada y están al corriente sobre las últimas directrices, recomendaciones e informaciones*

en relación con la revisión por pares y la gestión de la publicación;

- *Mantenerse informados sobre los avances en la investigación en el campo tecnológico y en de la revisión por pares;*
- *Adoptar los métodos de revisión por pares más adecuados para la revista y la comunidad científica a la que da respuesta;*
- *Revisar periódicamente las prácticas de revisión por pares con el fin de comprobar si es posible mejorarlas;*
- *Remitir los casos problemáticos a COPE, especialmente cuando surjan cuestiones no contempladas en el diagrama de flujo de COPE o cuando se sospecha que existen nuevos tipos de mala conducta en la publicación; y,*
- *Considerar el nombramiento de un defensor externo para resolver las quejas que no se hayan podido resolver internamente.*

Garantía de calidad

Los editores deben tomar todas las medidas razonables para garantizar la calidad del material que publican, reconociendo que las revistas y las secciones dentro de las revistas podrán tener objetivos y estándares diferentes.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Disponer de sistemas para detectar la falsificación de información (por ejemplo, imágenes manipuladas*

-
- de forma inapropiada o texto plagiado), ya sea de forma rutinaria o cuando surjan sospechas; y,*
- *Basar las decisiones sobre el estilo de la revista en factores relevantes que garantizan la calidad del mismo (por ejemplo, la adopción de resúmenes estructurados, la aplicación de directrices como consort) en lugar de basarlas en motivos estéticos o preferencias personales.*

Protección de datos individuales

Los editores deben cumplir las leyes sobre confidencialidad establecidas en su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, independientemente de las leyes locales, siempre deben proteger la confidencialidad de la información individual obtenida en el transcurso de la investigación o de las interacciones profesionales (por ejemplo, entre médicos y pacientes). Por lo tanto, resulta necesario en la mayor parte de los casos obtener el consentimiento informado por escrito para la publicación por parte de personas que pudieran reconocerse o ser identificadas por otros (por ejemplo, en informes de casos o en fotografías). Cabría la posibilidad de publicar información individual sin el consentimiento explícito si el interés público de la publicación es mayor que los posibles daños, resulta imposible obtener el consentimiento o si fuera improbable que cualquier individuo razonable se opusiera a la publicación.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar su política sobre la publicación de datos individuales (por ejemplo, datos o imágenes*

personales identificables) y explicar estos aspectos claramente a los autores; Tenga en cuenta que el consentimiento para participar en una investigación o someterse a un tratamiento no es el mismo que el consentimiento para publicar datos personales, imágenes o citas;

- *Fomentar la investigación ética (por ejemplo, la investigación con seres humanos o animales);*
- *Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realizan siguiendo las directrices pertinentes internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la Declaración de Helsinki para la investigación clínica o las directrices AERA y BERA para la investigación educativa); y,*
- *Los editores deben asegurarse de que todas las investigaciones han sido aprobadas por un organismo apropiado (por ejemplo, el Comité de ética de la investigación o el Comité de revisión institucional). Sin embargo, los editores deben ser conscientes de que tal aprobación no garantiza que la investigación sea ética.*

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Estar preparado para solicitar pruebas de la aprobación ética de la investigación y para preguntar a los autores sobre los aspectos éticos (por ejemplo, la forma en la que se obtuvo el consentimiento del participante en la investigación o qué métodos se utilizaron para minimizar el sufrimiento de los animales) si surgen dudas o si se necesitan*

-
- aclaraciones específicas;*
- *Garantizar que los informes de los ensayos clínicos mencionan el cumplimiento de la Declaración de Helsinki, las Buenas Prácticas Clínicas y otras directrices pertinentes para salvaguardar a los participantes;*
 - *Asegurar que los informes de los experimentos o estudios sobre animales mencionen el cumplimiento de la Guía para el Cuidado y Uso de Animales de Laboratorio del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos u otras directrices relevantes; y,*
 - *Nombrar a un consejero o un comité de ética de la revista para informar sobre casos específicos y revisar las políticas de la revista de forma periódica.*

Cómo abordar posibles malas conductas

Los editores tienen la obligación de actuar si sospechan que se ha producido alguna conducta indebida o si reciben una denuncia de mala conducta. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados.

Los editores no deben limitarse a rechazar los documentos que suscitan dudas acerca de una posible mala conducta. Tienen la obligación ética de perseguir los supuestos casos.

Los editores deben seguir los diagramas de flujo cope en aquellos casos en los que sean de aplicación.

Los editores deben primero intentar obtener una respuesta de los sospechosos de mala conducta. Si no están satisfechos con

la respuesta, deben instar a sus empleadores, a la institución a la que pertenecen o a alguna entidad apropiada (por ejemplo, un organismo regulador o una organización nacional que vele por la integridad de la investigación) para que inicien una investigación más exhaustiva.

Los editores deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva de los supuestos casos de mala conducta; Si esto no sucede, los editores deben intentar, por todos sus medios, conseguir una solución al problema. Se trata de una obligación onerosa, pero importante.

Asegurar la integridad del documento académico

Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con preminencia.

Los editores deben seguir las pautas COPE en relación con las retracciones.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Tomar medidas para reducir las publicaciones repetidas encubiertas (por ejemplo, exigiendo que todos los ensayos clínicos estén registrados);*
- *Asegurar que el material publicado esté archivado de forma segura (por ejemplo, a través de repositorios permanentes en línea, como PubMed Central); y,*
- *Disponer de sistemas adecuados para dar a los autores la oportunidad de publicar libremente*

artículos de investigación originales y ponerlos a disposición de la comunidad científica.

Propiedad intelectual

Los editores deben estar atentos a los problemas de propiedad intelectual y trabajar con el grupo editorial para resolver posibles infracciones de las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Adoptar sistemas de detección del plagio (por ejemplo, software, búsqueda de títulos similares) para los artículos presentados (ya sea de forma rutinaria o cuando surgen dudas sobre un determinado documento);*
- *Apoyar a los autores cuyos derechos de autor han sido vulnerados o que han sido víctimas de plagio;*
y,
- *Estar preparados para trabajar junto con el grupo editorial para defender los derechos de los autores y perseguir a los infractores (por ejemplo, solicitando retracciones o la retirada del material de los sitios web) independientemente de si la revista posee los derechos de autor.*

Fomento del debate

Los editores deben alentar y estar dispuestos a considerar las críticas contundentes de los trabajos publicados en la revista.

Los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas.

Los estudios que incluyan resultados negativos no deben ser excluidos.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

Estar abierto a la investigación que desafía a algún trabajo previo publicado en la revista.

Quejas y reclamaciones

Los editores deben responder con celeridad a las quejas y deben asegurarse de que existe un mecanismo para dar respuesta a las reclamaciones presentadas. Este mecanismo debería quedar detallado en la revista y debería incluir información sobre cómo remitir los asuntos sin resolver a cope.

Los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo cope en relación con las quejas y reclamaciones.

Intereses comerciales

Las revistas deben contar con políticas y sistemas adecuados para asegurar que los intereses comerciales no influyen en las decisiones editoriales (por ejemplo, el departamento de publicidad y el departamento editorial deberían trabajar de forma independiente).

Los editores deberían tener políticas claras de publicidad en relación con el contenido de la revista y sobre los procesos de publicación de suplementos patrocinados.

Las reimpressiones deben publicarse tal y como aparecen en la revista, a menos que sea necesario incluir correcciones, en cuyo caso deben estar claramente identificadas.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar una descripción general de las fuentes de ingresos de la revista (por ejemplo, las cantidades recibidas de la publicidad en pantalla, las ventas de reimpressiones, suplementos patrocinados, pagos por páginas, etc.);*
- *Garantizar que el proceso de revisión por pares de los suplementos patrocinados es el mismo que el de la publicación principal; y,*
- *Garantizar que los artículos de los suplementos patrocinados se aceptan únicamente por el mérito académico y el interés de los lectores y que las decisiones editoriales sobre tales suplementos no dependen de intereses comerciales.*

Conflictos de intereses

Los editores deben contar con sistemas para gestionar sus propios conflictos de intereses, así como los de su personal, autores, revisores y miembros del Consejo Editorial.

Las revistas deben contar con un proceso declarado

para gestionar las entregas de trabajos por parte de los editores, empleados o miembros del Consejo Editorial con el fin de asegurar la imparcialidad en las revisiones.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- Publicar listados de intereses relevantes (financieros, académicos y de otro tipo) de todo el personal editorial y de los miembros de los Consejos Editoriales (que deben actualizarse al menos una vez al año).

POLÍTICAS DE ÉTICA Y DETECCIÓN DE PLAGIO

La revista *Derecho Penal Central* procurara que los interesados en el proceso editorial apliquen las normas éticas básicas que rigen las publicaciones científicas. Para ello se siguen como base las normas éticas establecidas por *Committee on Publication Ethics* (COPE) y en específico lo relacionado con el *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*.

La revista *Derecho Penal Central* somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio con el software URKUND, a través de los siguientes pasos:

Envío

El proceso de URKUND empieza cuando se envía un documento al sistema. Esto puede hacerse mediante la plataforma de aprendizaje existente del colegio o adjuntándolo a un mensaje de correo electrónico. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo más populares, sus procesadores de texto estándar y archivos con varios documentos cuando se envían por correo electrónico. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el proceso, con independencia del idioma en que esté escrito el texto.

Similitudes de texto con las fuentes

El texto se analiza y empezamos a comprobar si existen posibles candidatos para la similitud de texto en las tres áreas de origen. URKUND destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos, que contienen orígenes de Internet,

material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente. Se estudian en profundidad las similitudes de texto candidatos y se guardan los resultados.

Análisis basado en *machine learning*

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a tomar forma la base del informe. No solo registramos el grado de coincidencia, sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones. Nuestros algoritmos funcionan independientemente del idioma y son capaces incluso de detectar similitudes entre un número cada vez mayor de idiomas.

Creación y entrega del informe

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al profesor, ya sea a través de la plataforma de aprendizaje utilizada, por correo electrónico o mediante el buzón de entrada web. Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el profesor pueda tomar la decisión final acerca de si se ha producido plagio o no.

A su vez la revista *Derecho Penal Central* cuenta con un Código de ética y buenas prácticas, el cual se puede consultar en nuestro sitio web.

POLÍTICAS DE PRESERVACIÓN DIGITAL:

La Revista Derecho Penal Central se ajusta a las políticas y lineamientos de la Dirección de Tecnologías y del Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador.