

REPASANDO EL IUS PUNIENDI

Ernesto Luquín

Iter Criminis – Revista de Ciencias Penales

Núm. 5 – Tercera Época

Tlalpan, México – 2006

Pp. 113 - 142

<http://www.cienciaspenales.net>

REPENSANDO EL *IUS PUNIENDI**

ERNESTO LUQUÍN

Aprendemos y enseñamos las "teorías de la pena" transmitidas a través de los siglos, como si se trataran de respuestas acabadas a una pregunta invariable.

Claus ROXIN**

El autor —Director de Información en la Suprema Corte de Justicia de la Nación— ubica los elementos dogmáticos que justifican la aplicación de sanciones penales por parte del Estado, ya que sin razones convincentes, opina, habría que proponer la abolición del Derecho Penal. Concluye que la legitimidad del ius puniendi depende de la legitimidad de la forma de Estado, y considera que sólo un Estado social y democrático de Derecho garantiza tal acción.

Introducción

¿Qué justifica o legitima al Estado para sancionar mediante una pena? Ésta es, desde mi punto de vista, una de las preguntas clave y más complejas de contestar en el Derecho Penal.

En el presente trabajo hago una propuesta de fundamento para legitimar al Estado para la aplicación del *ius puniendi*. Para llegar a la

* El presente trabajo es una síntesis de mi tesis doctoral dirigida por el doctor Fernando Pérez Álvarez, titulada "Aproximación a un modelo neutro y resarcitorio de *ius puniendi*". Dicha tesis la defendí en la Universidad de Salamanca ante el tribunal integrado por los doctores Raúl Zaffaroni, Laura Zúñiga, Nieves Sanz, Eduardo Demetrio y Rocío Cantarero.

** *Vid.* Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal" en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 11.

propuesta parto de negarle validez a las teorías que han pretendido justificar a las penas; a partir de ahí, reflexiono en torno al conflicto penal y a la función delegada por parte de la sociedad hacia el Estado para que tenga el monopolio de la fuerza, es decir, la pertenencia del Derecho Penal al Derecho público.

Como ya advertía Roxin desde 1966, han sido tres las respuestas que se han dado cuando se ha pretendido justificar la aplicación del *ius puniendi*.¹ Han sido el retribucionismo, la prevención especial y la prevención general las teorías que han dominado en torno a la justificación de las penas. A partir de esos tres planteamientos se ha tendido a plantear una combinación de estas teorías ofreciendo una supuesta "teoría de la unión".

Aparte de estos planteamientos existen dos teorías que innovan en lo que al fin de la pena se refiere. Estos planteamientos han sido realizados por Luigi Ferrajoli² y por Raúl Zaffaroni.³

Sin embargo, parece que la combinación de las funciones de retribución y preventivas han provocado una tregua en la otrora llamada "lucha de escuelas".⁴ Ya no es común encontrar debates entre retribución⁵ y prevención y al parecer existe un dominio abrumador de la teoría de la prevención especial positiva.

Dado el panorama, se pregunta cuál es el fin de la pena que pueden obtener las siguientes respuestas:

¹ Cfr., *idem*, p. 12.

² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pp. 321-345.

³ Cfr. Zaffaroni, Raúl *et al.*, *Derecho Penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, pp. 41-53.

⁴ Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 57.

⁵ Un caso interesante es el de Lesch, quien habla de una prevención general positiva, pero en verdad se trata de una vuelta a la retribución, *cfr.* Lesch, Heiko, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 45-52; este autor propone cambiar el nombre a "teoría funcional de la retribución".

- ◆ La retribución.
- ◆ La prevención especial positiva.
- ◆ La prevención especial negativa.
- ◆ La prevención general positiva.
- ◆ La prevención general negativa.
- ◆ La combinación de todas las anteriores.
- ◆ El minimalismo que protege de la venganza y disuade del delito.
- ◆ Ninguna de las anteriores.

Si se presentaran estas posibles respuestas en un examen de opción múltiple, dependería del profesor que lo calificara para tener un acierto o no. Pero el tener un acierto en el hipotético examen de parte general no significa necesariamente estar en lo correcto, sino sólo conocer la postura del profesor ante tan controvertido asunto.

Al respecto de cada teoría existen sendas críticas⁶ que las cuestionan severamente, llegando al punto en que, si se hace un ejercicio de eclecticismo, tendría que concluirse que ninguna teoría es válida.

La justificación de la pena a partir del modelo de Estado

El punto de partida del presente trabajo se encuentra en la convicción de que ninguna de las teorías que pretenden justificar al *ius puniendi* lo logran,⁷ por lo que la pena se queda sin fundamento y resulta necesario repensar el *ius puniendi* para verificar si el Estado está legitimado o no para aplicar sanciones.

Adicionalmente es necesario señalar que considero al Estado social y democrático de Derecho como la mejor forma de sistema posible. Como señala Bobbio, la democracia es, nos guste o no, nuestro des-

⁶ Para una crítica integral de las teorías retribucionista, preventivas y de la unión, *cfr.* Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 247-280, y Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 53-62. Para una crítica al minimalismo, *cfr.* Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

⁷ Debido a la limitación de espacio, remito a la bibliografía citada en lo que respecta a las críticas a las teorías en comento.

tino.⁸ El principio de legalidad resulta incuestionable y considero que el elemento social es un requisito *sine qua non* para poder subsanar las desigualdades propias de cada sociedad, por ello el Estado tiene el deber de implementar políticas sociales para satisfacer las necesidades básicas del sector más desfavorecido de la sociedad.

Teniendo el marco general del modelo de Estado en el que se cuestiona la justificación del *ius puniendi* pude replantearse la pregunta inicial. Y la respuesta me parece que se encuentra dentro del propio modelo de Estado. Sólo dentro de un Estado social y democrático de Derecho es legítima la aplicación de las penas. Más adelante expondré mi planteamiento, sin embargo considero necesario hacer una acotación.

Las teorías que han pretendido justificar las penas son susceptibles de aplicación dentro de cualquier sistema de Estado. Así es posible justificar las penas impuestas en una dictadura, en un sistema comunista, liberal, fascista, socialista o democrático. Absolutamente en todos los sistemas de gobierno puede utilizarse a las teorías de la pena para justificar su aplicación. Esto es, me parece, un claro ejemplo de la debilidad argumentativa de que padecen dichas teorías. Si una teoría legítima, por ejemplo, que los gobernantes aprisionen a determinados individuos por “no estar adaptados al sistema” y pretenda, por medio de “tratamiento”, lograr su “readaptación”, algo anda verdaderamente mal.

Por ello sostengo que sólo dentro de un sistema social y democrático de Derecho está legitimada la aplicación del *ius puniendi*.

El fundamento democrático

El argumento que planteo se divide en dos partes. La primera se refiere al tipo de conductas a sancionar y el tipo de penas a aplicar. Para tomar estas decisiones es necesario recurrir al principio democrático.

⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, “De la ideología democrática a los procedimientos universales”, trad. Miguel Carbonell, en *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 462.

Pero si bien el principio democrático expresa un requisito necesario, no es suficiente. Éste no basta para que exista legitimidad, sino que debe darse una legitimación “desde afuera” como señala Ferrajoli.⁹ Este autor asevera que no basta una democracia formal, sino que se requiere de una democracia sustancial, en donde el límite a las decisiones de las mayorías se encuentre en los derechos de las minorías.¹⁰ Sólo si el Estado es considerado como un medio para alcanzar la tutela de los derechos civiles fundamentales¹¹ estará legitimada su función, y dicha legitimación nunca será perfecta o completa, por lo que el poder en todos los Estados de Derecho padecerá de cierta ilegitimidad política.¹²

Una vez esbozada la fuente de legitimidad del poder parece que continúa pendiente una justificación de las penas a aplicar. Pero creo que es precisamente en ese principio democrático justificado “desde afuera” donde radica la justificación misma de las penas.

Establecidos democráticamente los bienes jurídicos y tipos de ataques penalmente sancionados, se legitima también el tipo de penas seleccionadas. Pero el hecho de que se legitimen no quiere decir que dicha legitimación sea automática, sino que deben cumplirse ciertos requisitos como el respeto a las garantías individuales, a los derechos de las minorías y a los derechos humanos.

En este sentido resulta oportuno citar a Ferrajoli cuando señala que “es difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional, tendencialmente clasista y contrario a la Constitución de la escala de bienes tutelados por nuestro Derecho Penal, en contradicción con el escaso valor otorgado a la libertad personal, de la que se priva incluso por infracciones levísimas”.¹³

⁹ Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 883-886.

¹⁰ *Idem*, p. 883.

¹¹ *Idem*, p. 885.

¹² *Idem*, p. 886.

¹³ *Idem*, p. 476.

Las penas legítimas serán aquellas que cumplan con los requisitos garantistas en donde el tema central deberá ser la proporcionalidad entre la conducta realizada y la pena a aplicar. Coincido con Von Hirsch cuando señala que una teoría proporcionalista de las penas resulta ser una buena alternativa al utilitarismo.¹⁴

Debe entenderse la sanción como un producto de la decisión democrática en el ejercicio de la libertad como derecho a la autodeterminación.¹⁵ Al parecer no existe un acuerdo ni siquiera a nivel teórico de la finalidad que pretende alcanzarse con las penas, pero considero que existen razones para creer que la sociedad en general está de acuerdo en que se imponga una pena a aquellos que afecten ciertos bienes jurídicos de formas especialmente reprochables. Y entonces, desde un punto de vista agnóstico, puede decirse que la finalidad de las penas consiste en cumplir con el mandato democrático de sancionar las conductas delictivas con penas. En este sentido Muñoz Conde y García Arán señalan que, en los casos graves, la reparación debe ir acompañada de otra pena “para distinguir entre la gravedad de la conducta y la del daño”,¹⁶ es decir, debe sancionarse a quien delinque y debe atenderse a la víctima de forma debida.

El tema de la proporcionalidad está estrechamente vinculado con el desvalor de acción y de resultado propios del delito ya que son éstos los criterios que deben tomarse como base para establecer la proporcionalidad de la pena.

Ferrajoli señala que en un sistema garantista deben acogerse criterios tanto objetivos como subjetivos, y señala que “los límites de la pena tienen que variar tanto en relación con el daño como en relación con la culpa. Pero el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.¹⁷

¹⁴ Cfr. Hirsch, Andrew von, *Censurar y castigar*, *op. cit.*, pp. 147-151.

¹⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶ Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 688.

¹⁷ Vid. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 399.

Para desarrollar el modelo y plantear mi propuesta de sistema de penas, he de recurrir a tres elementos, los cuales son el bien jurídico tutelado, el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

Debe partirse de la base de que existe una graduación de importancia de los bienes jurídicos tutelados. Al respecto existe acuerdo generalizado en cuanto a la importancia y trascendencia de ciertos bienes jurídicos con relación a otros.

Sin embargo, el conocer una escala de graduación de los bienes jurídicos tutelados no basta para desarrollar un sistema punitivo.

También es necesario establecer una relación de gravedad de la conducta, siendo la más grave la dolosa y menos grave la imprudente, en donde el criterio decisivo es el desvalor de la acción. En este sentido Quintero señala que “el ataque imprudente es una forma *menos injusta* de ofensa, y por eso tiene prevista una pena menor”,¹⁸ a lo que debe hacerse la precisión que más bien suele tratarse de un *quantum* menor, y no de una pena menor.

A partir de estos dos criterios creo que puedo estar en condiciones de seleccionar las penas aplicables. La penalidad debe ser seleccionada a partir del bien jurídico afectado y del desvalor de la acción, correspondiendo en todo caso las penas más graves a las conductas dolosas que afecten bienes jurídicos básicos, y las penas menos graves a las conductas imprudentes que afecten bienes jurídicos menos importantes.

En esta selección de pena es necesario recordar lo señalado que existe una gama de penas diferenciadas que, en todo caso, pueden ser aplicadas dependiendo tanto del bien jurídico atacado como de la forma del ataque.

El otro elemento a tomar en cuenta es el desvalor de resultado, es decir, el grado de afectación o puesta en peligro del bien jurídico tute-

¹⁸ *Vid.* Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 355.

lado. Este criterio será utilizado para establecer el *quantum* de la pena, correspondiendo en todo caso al juzgador aplicar la penalidad dentro de unos parámetros fijados por el legislador.

El fundamento social

Pero el papel del Estado no puede ser exclusivamente el cumplir con el mandato democrático de sancionar, ya que se trataría de una variación de la retribución.

Por ello sigue pendiente la necesidad de encontrar un fundamento para que el Estado continúe con el monopolio del *ius puniendi*.

a) *La confiscación del conflicto*

Al intervenir el poder estatal en los conflictos de orden público, en especial en materia penal, pierden protagonismo las partes, y el conflicto es "confiscado". Salvo en los casos en los que procede el perdón del ofendido,¹⁹ en todos los demás casos el papel de la parte acusadora corresponde íntegramente al Estado. Tampoco el delincuente tiene mucho protagonismo en el sentido de que sus aportaciones probatorias no son indispensables para la obtención de una sentencia.

La confiscación del conflicto es el resultado de un efecto pendular que se ha presentado entre *disputatio* e *inquisitio* a lo largo de la historia, el cual se detuvo en su versión inquisitoria, según Zaffaroni, en el siglo XIII.²⁰ A decir de este autor esta forma sustituye a la resolución de conflictos mediante un enfrentamiento entre las partes (por medio de la composición),²¹ y provoca que se "verticalice" el poder²² de tal forma que el conflicto no queda resuelto sino "suspendido en el tiempo".²³

¹⁹ Para García Arán resulta insostenible la figura del perdón del ofendido en el Derecho Penal moderno; *cfr.* García Arán, *op. cit.*, p. 295.

²⁰ *Cfr.* Zaffaroni, *op. cit.*, p. 350.

²¹ *Idem*, pp. 44-45.

²² *Idem*, p. 252.

²³ *Vid. idem*, p. 44.

Es de resaltarse que la confiscación como tal se da en la víctima, ya que su papel únicamente sirve para iniciar el proceso penal, pero no más. A partir de ahí el Estado toma el control y la facultad persecutora. Aunque también el delincuente sufre cierta confiscación tal y como lo plantea Hulsman en el sentido de que los protagonistas del conflicto penal llevarán para siempre las etiquetas de “delincuente” y “víctima”.²⁴

Zaffaroni realiza una crítica profunda al hecho histórico de haber tomado la supresión de la víctima como un paso a la racionalidad y la igualdad considerándose como un progreso²⁵ y señala que esto provoca que se cosifique a la víctima, lo cual, en palabras del propio autor, “convirtió a un mecanismo defectuoso de solución de conflictos en un acto de poder verticalizante que no puede resolverlos”.²⁶

Al respecto es pertinente señalar que comparto la opinión del profesor argentino y creo que el problema central radica en que la confiscación no se da de manera completa. Es decir, existe una confiscación en cuanto a la aplicación de las sanciones, pero no existe una confiscación en cuanto al resarcimiento a la víctima. Quiero enfatizar en que no me estoy refiriendo a una reparación del daño como la existente en la actualidad, sino a un concepto amplio que pretenda resarcir la afectación de manera integral. Sobre esto volveré más adelante.

Al parecer, para encontrar el fundamento de las penas, resulta necesario recurrir al origen de la función estatal de sancionar, partiendo de la confiscación del conflicto penal. Por ello es pertinente recurrir al papel de la víctima dentro del complejo drama penal.

²⁴ Vid. Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, *op. cit.*, p. 71, donde señala: “El sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él. Desde que un problema cae dentro del aparato de la justicia, deja de pertenecer a los que han sido sus protagonistas, los cuales llevarán desde ahora y para siempre las etiquetas de ‘delincuente’ y ‘víctima’”.

²⁵ Cfr. Zaffaroni, *op. cit.*, p. 252.

²⁶ *Idem.*

b) *El papel de la víctima*

El papel de la víctima tradicionalmente ha sido casi nulo para efectos penales, y se “cosifica”²⁷ tomándose únicamente como elemento valorativo para establecer las penas. Al respecto resulta ilustrativo lo que señalan Hassemer y Muñoz Conde: “No cabe duda de que la tradicional desconsideración que el Derecho Penal ha tenido hacia la víctima no puede por menos que provocar asombro”.²⁸

A partir de ese momento la víctima solamente puede aspirar a que, en caso de que proceda su denuncia y ésta llegue a una sentencia condenatoria, y además, que el delincuente no se sustraiga de la acción de la justicia, a éste se le impondrá una pena y quizá la víctima pueda obtener una reparación del daño.

Sin embargo, el papel de la víctima ha empezado a tener relevancia en el debate político-criminal contemporáneo.²⁹ A decir de Roxin existe la duda acerca de si la reparación es tarea del Derecho Penal.³⁰ Este autor considera que la reparación puede ser una “tercera vía” utilizándose adicionalmente de las penas y las medidas de seguridad.³¹

En cuanto al papel de la víctima son muchos los elementos a analizar. Baste por tanto señalar que la víctima tiene un papel moderado dentro del proceso penal, lo cual no resulta necesariamente malo.³² La

²⁷ *Idem*, p. 250.

²⁸ *Vid.* Hassemer, Wienfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología*, *op. cit.*, p. 179. Estos autores consideran que depende de la concepción ideológica del Derecho Penal que se tenga para que la víctima sea considerada o no. Por ello si la concepción es retribucionista se toma mucho en cuenta y “en un Derecho Penal orientado a la prevención se ocupa, en cambio, de la víctima sólo de forma tangencial”. *Idem*, pp. 211-214.

²⁹ *Cfr.* Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal parte general*, *op. cit.*, p. 686.

³⁰ *Cfr.* Roxin, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, *op. cit.*, p. 8.

³¹ *Cfr.* Roxin, Claus, *Derecho Penal parte general*, *op. cit.*, pp. 108-110.

³² Conviene recordar que el Derecho Penal es parte del Derecho público y no del Derecho dispositivo, *cfr.* Hassemer, Wienfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología*, *op. cit.*, p. 198.

función del Derecho Penal no es la de resolver conflictos, por lo menos no entre las partes en el sentido de que tenga que preocuparse por lograr una “reconciliación” entre el delincuente y la víctima.

c) *La función resarcitoria del Estado*

La idea señalada al respecto de que el Estado intervenga de forma resarcitoria no es nueva. Existen sendos antecedentes, como por ejemplo Carrara, quien señalaba que una reparación pública era justa y útil, aunque consideraba que tenía que ser de forma subsidiaria.³³ También Bentham consideraba que el Estado debía intervenir en los casos de insolvencia.³⁴ En el ámbito español existe el antecedente del artículo 123 del Código Penal de 1848, en el que se establecía:

Una ley especial determinará los casos y formas en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito ó (*sic*) falta, cuando los autores y demás responsables carecieran de medios para hacer la indemnización.

Sin embargo ya desde entonces existieron críticas como las manifestadas por Pacheco³⁵ en el sentido de que no confiaba mucho en el desarrollo del precepto.

Muñoz Conde y García Arán señalan que “puede formularse como *desideratum* que el propio Estado se constituya en responsable civil subsidiario en caso de insolvencia o imposibilidad de resarcimiento”.³⁶ Al respecto Hassemer y Muñoz Conde van más allá y señalan que “aún estamos lejos de que los Estados asuman esta obligación como una tarea social ineludible”.³⁷

³³ *Cfr.* Carrara, Francesco, *Programa de Derecho criminal parte general*, vol. I, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, Colombia, 1956, p. 369.

³⁴ *Cfr.* Bentham, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, *op. cit.*, p. 289.

³⁵ *Cfr.* Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 6ª ed., t. I, Imprenta Manuel Tello, Madrid, 1888, p. 502, quien señala que se trata de un bello principio, de una máxima llena de justicia, y se pregunta cuándo será una realidad ese precepto.

³⁶ *Vid.* Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal parte general*, *op. cit.*, p. 688.

³⁷ *Vid.* Hassemer, Wienfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología*, *op. cit.*, p. 207.

En lo personal, me parece que esta participación activa por parte del Estado vendría a completar su papel social al respecto del Derecho Penal. En todo caso, no creo que actualmente se esté en condiciones de decir que algún Estado tenga un sistema penal acorde a los principios de Estado social y democrático de Derecho. Y dicho sea de paso, habría que mejorar y mucho, la situación penitenciaria. No son pocas las voces que señalan una victimización carcelaria para referir las vejaciones e inclusive delitos a los que son sometidos los presos.³⁸ Sólo así se actualizará el modelo de sociedad a que aspiramos.

Como ejemplo puedo citar a España, que ha dado algunos pasos considerables al respecto.³⁹ De hecho, España pertenece al “reducido grupo de países que cuentan con sistemas de protección a las víctimas de los delitos”.⁴⁰ Aunque también hay que decir que ya desde 1983 existía el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos y España lo ratificó hasta el 8 de junio de 2000.⁴¹

Al ser el Derecho Penal parte del Derecho público general, la función del Estado resulta primordial. Pero esa función ha sido enfocada

³⁸ *Cfr.* entre otros, Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998, pp. 201-205; Beristáin, Antonio, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, pp. 398-401, en esta cita se incluye un apartado de los “gulags” cubanos que resulta muy desgarrador.

³⁹ Para más detalles al respecto del movimiento victimológico español, *cfr.* Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna victimología*, *op. cit.*, pp. 99-115; un resumen de dicho texto se aprecia, pese a no estar citado de forma expresa, en Romero Coloma, Aurelia María, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: Análisis y valoración*, Serlipost, Barcelona, España, 1994, pp. 131-135. Los documentos normativos existentes en España son, principalmente, la Ley de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, Ley 35/95 del 11 de diciembre; la Ley de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, Ley 32/1999 de 8 de octubre y la Ley sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, Ley 36/1995 de 11 de diciembre.

⁴⁰ *Vid.* Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Manual de Derecho Penal parte general*, *op. cit.*, p. 697.

⁴¹ *Cfr.* Benito Alonso, Francisco, *Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España*, en *La Ley*, 1988, 3, Distribuciones de la Ley, Madrid, España, 1988, pp. 885-904 donde hace un estudio del Convenio y una propuesta de legislación. Desde entonces señalaba la conveniencia de ratificar el Convenio Europeo, *cfr.* p. 894.

generalmente desde el punto de vista del delito y el delincuente, dejando en el desamparo total a la otra mitad del conflicto penal: la víctima.

Por ello creo que el Estado, para cumplir con el modelo de Estado social y democrático de Derecho, requiere atender tanto la problemática del delincuente como la de la víctima, y si bien no me parece deseable que el tratamiento a la víctima se haga desde el Derecho Penal, sí considero que debe tener una vinculación especial y un tratamiento igual de importante por parte del Estado.

El Estado tendrá, desde esta perspectiva, una doble función. Sancionar a quienes cometan delitos e implementar mecanismos para resarcir a las víctimas de dichos delitos, ya sea de forma directa o mediante figuras jurídicas que tiendan a ello.

Como ya apunté esta idea no es ni mucho menos nueva. Carrara señala que del delito nacen dos acciones independientes, una del lesionado ante los tribunales civiles (resarcitoria) y una de la sociedad ante los tribunales penales, “para lograr el fin de la represión”.⁴² Bentham por su parte señalaba que “la satisfacción es casi tan necesaria como la pena”.⁴³

He optado por utilizar el concepto “resarcir” ya que me parece que expresa más nítidamente el contenido de la propuesta. Se trata de un concepto inclusivo en el que se abarca la indemnización, la reparación y la compensación de daños, perjuicios o agravios.⁴⁴ Este concepto está más enfocado a cuestiones de índole jurídica.

Esta figura propuesta parte de asumir que, quien ha sido víctima de un delito, siempre va a tener una merma. Independientemente del tipo o monto de la indemnización recibida, siempre habrá una parte no resarcible. Sin embargo, es necesario que esa parte sea reducida a su

⁴² Cfr. Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, *op. cit.*, p. 373.

⁴³ Cfr. Bentham, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, *op. cit.*, p. 289.

⁴⁴ Cfr. “resarcir” en *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa Calpe, Madrid, España, 2001, t. II, p. 1954.

mínima expresión y creo que la propuesta que hago ayuda en gran parte a que la víctima padezca lo menos posible.

El elemento social lo sintetiza nítidamente Beristain al señalar que “más importante que encontrar al culpable de la victimación para sancionarle es fomentar en todos nosotros el sentido de solidaridad y obligarnos a pagar una especie de impuesto de fraternidad para indemnizar a las víctimas de cualquier accidente, peste, agresión, incluso del terrorismo y/o de la tortura”.⁴⁵

El planteamiento propuesto gira en torno a los derechos fundamentales,⁴⁶ en el sentido de considerar que la resarcición a las víctimas de delitos por parte del Estado es un derecho fundamental social y no un derecho individual de la víctima. Como señala García-Pablos, el hecho de que “el moderno Estado ‘social’ asuma estos compromisos es de estricta lógica, y se aviene a las exigencias más elementales de justicia y solidaridad”.⁴⁷

Si se tratara de un derecho surgido en automático por la única razón de ser víctima de un delito, se incurriría en injusticias sociales e ineficiencias evidentes. No todas las lesiones tienen la misma intensidad y necesidad de ser resarcidas, por lo que en principio puede suponerse que existe un campo de víctimas que pueden ser reparadas por otros mecanismos que no necesariamente sean proveídos por el Estado aunque sí regulados, como el caso de los seguros.

Los derechos sociales consisten, en su parte objetiva, en el “conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales” y en su parte subjetiva se

⁴⁵ Cfr. Beristain, Antonio, *Victimología, nueve palabras clave*, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁶ Para un estudio más detallado de estos derechos así como de su proceso de gestación cfr. Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, España, 1986, *passim*; sobre el proceso de gestación cfr. González Navarro, Francisco, *El Estado social y democrático de Derecho*, Eunsa, Pamplona, España, 1992, pp. 21-44.

⁴⁷ Vid. García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad, prevención del delito, sistemas de respuesta al crimen, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 141.

refieren a “las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”.⁴⁸

Con la anterior definición es posible terminar de construir mi planteamiento en el sentido de que el Estado deberá equilibrar, en los casos más graves, la situación de la víctima con la situación de quienes no han sido víctimas y las víctimas podrán participar de dichos beneficios ya sea de forma directa (resarcisión a cargo del Estado) o indirecta (implementación de sistemas de seguros).

Es importante, dado que he adoptado la definición de Pérez Luño, hacer un distanciamiento al respecto de una parte de su planteamiento. Este autor considera que los derechos sociales “se refieren a aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar la actividad práctica del *homo faber*, o sea, al ser humano en condición de trabajador”.⁴⁹ Si bien posteriormente señala que existen “otros derechos de diversa significación”,⁵⁰ es necesario señalar que no comparto dicho criterio. El hecho de que los derechos sociales tengan un amplio desarrollo en materia laboral, responde a la situación y problemática propia de la época en la que fueron consagrados, pero nada impide que se luche por derechos sociales pendientes de ser alcanzados, como es el caso de la resarcisión de las víctimas.

En eso consiste mi planteamiento, en retomar el tema de los derechos sociales tan olvidados en la actualidad. Como señala Bobbio, tanto la derecha como la izquierda han descuidado dichos derechos,⁵¹ por lo que creo necesario insistir en la necesidad de implementar los derechos sociales que, aparte de tender a su universalización, tienden a su especificación,⁵² lo cual se cumple con un derecho social de las

⁴⁸ Cfr. Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁹ *Idem*, p. 193.

⁵⁰ *Idem*, p. 196.

⁵¹ Bobbio, Norberto, *Sobre los derechos sociales*, trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, en *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, España, 2003, p. 538.

⁵² *Idem*, p. 544.

víctimas. Esta propuesta satisface además el óptimo planteado por Ferrajoli de Estado liberal mínimo y Estado social máximo.⁵³

d) *Propuesta resarcitoria*

Como toda política pública en la que se requieren recursos del Estado, resulta necesario establecer un orden de prioridades a atender. Las prioridades deben responder, me parece, a un doble criterio. De un lado el tipo y grado de daño o afectación y de otro la situación en que queda la víctima a raíz del hecho delictivo. En ese sentido, me parece que hay consenso respecto de que las víctimas de delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual son las que podrían situarse en primer lugar del orden de prioridad.

En segundo lugar, pueden situarse a todas aquellas víctimas de delitos que causen daños o trastornos psicológicos, como pueden ser los delitos contra la libertad en casos como el secuestro, la violencia doméstica, las amenazas, en fin, cualquier hecho delictivo que provoque un estado de alteración psíquica en la víctima.

En los delitos en los que la víctima es el Estado, como la defraudación fiscal o delitos contra la administración de justicia, parece evidente que no habría lugar al resarcimiento, mientras que en los delitos con víctimas difusas como algunos delitos medioambientales o contra el patrimonio artístico, tendría que proceder el resarcimiento.

Sin embargo el problema clave se da en los delitos patrimoniales. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos no es recomendable que el Estado intervenga, en algunos resulta indispensable. Tal sería el caso de delitos que dejaran en quiebra a empresas que proveen bienes o servicios fundamentales como sería el caso de una empresa telefónica o ferroviaria. Rescates de este tipo y de la banca se han producido en diversas latitudes. Por ello sería recomendable establecer ciertos requisitos y leyes a dichas industrias para evitarle al Estado costes mayores.

⁵³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 866.

Tal sería el caso de un seguro bancario para un monto determinado y a partir de ese monto el riesgo lo correría el cliente. En el caso de las otras industrias mencionadas sería recomendable realizar inspecciones fiscales periódicas y regular, en la medida de lo posible, sus actividades financieras.

Pero existe la otra parte del resarcimiento. No es posible solamente enfocarse en quiénes deben ser resarcidos por parte del Estado, sino qué debe ser resarcido.

Por lo general se establecen cuotas económicas para resarcir muertes y lesiones. Este mecanismo me parece el más indicado, pese a que no debe valuarse una vida en términos económicos. En este sentido creo que los montos deberían ser generosos sin llegar a los excesos y no debería hacerse ningún tipo de valoración en el sentido de si la víctima trabajaba o no, si era niño o anciano, hombre o mujer, etcétera, los montos deberían estar unificados e insisto, ser generosos.

Adicionalmente, y esto me parece más importante, el resarcimiento debe incluir ayuda médica y psicológica. Creo que es ahí donde estaría la gran labor social del resarcimiento. Debe establecerse un sistema de ayuda psicológica a todas las víctimas de delitos independientemente de que sean dolosos o imprudentes, ya que la afectación puede ser de la misma magnitud.

También el tratamiento de recuperación tanto en terapia como en operaciones o implantes debería ser asumido por el Estado en los casos de lesiones corporales.

En fin, la propuesta consiste básicamente en realizar una escala de prioridades y una gama de posibles formas de resarcir conforme al tipo de afectación sufrida. No quiero decir con esto que los posibles medios de resarcir fueran opcionales, sino que se adecuaran a cada circunstancia.

Una vez atendida la parte resarcitoria, resulta necesario establecer el tipo de penas aplicables para que complementen la propuesta.

Propuesta de penas dentro de un Estado social y democrático de Derecho

a) La pena privativa de libertad

Existen bases sólidas para presumir que existe un acuerdo generalizado de que la pena privativa de libertad es la más severa que debe aplicarse a quienes cometan las conductas más graves que afecten los bienes jurídicos más importantes. Como señala Álvarez, “desgraciadamente no ha calado suficientemente entre los penalistas la idea de que la libertad personal tiene el rango constitucional que posee y que no se puede disponer de ella al antojo del legislador”,⁵⁴ lo cual no significa que no pueda privarse de dicho derecho, sino que para hacerlo hay que tener una justificación sólida y razonada.

Sin embargo considero que la pena privativa de libertad no debe desarrollarse en las condiciones en las que actualmente sucede. Evidentemente en algunos lugares la situación carcelaria es peor que en otros pero lo cierto es que hay consenso en que la situación resulta preocupante. En este sentido resultan poco alentadoras las palabras de Mapelli cuando dice que “la realidad penitenciaria dibuja un panorama sombrío para los derechos de los internos”.⁵⁵

La pena privativa de libertad debe aplicarse para los delitos más graves. Creo que es la única pena posible en un Estado social y democrático de Derecho. El problema más bien ha resultado de no establecer correctamente el límite entre lo verdaderamente grave y lo demás.

⁵⁴ *Cfr.* Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 16; en este sentido Carbonell señala que es necesario procurar las menores restricciones posibles de libertad, *cfr.* Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, vol. I., Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, España, 2001, pp. 130 y 131.

⁵⁵ *Vid.* Mapelli Caffarena, Borja, “Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, en *El nuevo Derecho Penal español*. Estudios Penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, España, 2001, p. 617.

b) *La pena de multa*

La pena de multa se ha difundido considerablemente en nuestro ámbito de cultura.⁵⁶ A decir de Mapelli y Terradillos esta pena ha sufrido en los últimos años “una presión expansiva muy considerable, especialmente como medio de sanción de los delitos de pequeña y media gravedad”.⁵⁷

Ferrajoli considera aberrantes a este tipo de penas, debido a su impersonalidad pudiendo dejar al reo sin pena y sancionando al tercero (amigo, pariente, etcétera) que haga frente a la multa, y debido también a su desigualdad.⁵⁸

Pues bien, precisamente en esa impersonalidad y desigualdad creo que podría radicar su fuerza sancionadora en el sistema propuesto.

Tomando en cuenta que parto de una doble función del Estado en el sentido de sancionar y resarcir, la multa tendría lugar en los delitos en los que no existiera la parte a resarcir, es decir, en los casos de los delitos de peligro, los delitos en los que el sujeto pasivo fuera el Estado o la administración de justicia, o cuando se tratara de bienes jurídicos difusos. En estos casos considero que la multa sería una pena proporcional y adecuada. Y quizá no resultaría criticable que el dinero con el que se hiciera frente a dicha sanción proviniera de terceras personas, como podría ser, por ejemplo, la persona jurídica a través de la cual se hubiera cometido un delito ecológico.

Generalmente la pena de multa suele utilizarse como alternativa a la pena privativa de libertad o en todo caso como accesoria, siendo en ambos casos desproporcionado, en el primero por defecto⁵⁹ y en el

⁵⁶ Para un referente histórico *cfr.* Roldán Barbero, Horacio, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal, un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Akal editor, Madrid, España, 1983, pp. 9-72.

⁵⁷ *Vid.* Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, España, 1996, p. 161.

⁵⁸ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, op. cit.*, p. 416.

⁵⁹ *Cfr. idem*, pp. 416 y 417, en este sentido Ferrajoli comenta que las multas son consideradas más bien como una tasa y no como una pena.

segundo por exceso.⁶⁰ Adicionalmente existe, en el caso de impago de la multa, la sanción de apoyo consistente en la pena privativa de libertad,⁶¹ lo cual me parece incorrecto debido a la falta de identidad entre ambas penas.⁶²

En el modelo que planteo la multa está llamada a ser una pena principal con todas sus consecuencias. No caben sustitutivos ni para la pena ni para su incumplimiento, caso en el cual propongo una ejecución forzosa de bienes que podría realizarse mediante el comiso, tema que abordaré más adelante.

La forma de calcular el monto de las penas correspondería en todo caso a la gravedad asignada a la conducta sancionada y no a las características económicas del individuo a sancionar.

Si bien el modelo de los días multa resultaba aparentemente proporcional en un sistema resocializador y preventivo, en un sistema neutro carece de sentido.

Por último debo resaltar que este tipo de pena no necesariamente corresponde a los delitos de pequeña y mediana gravedad,⁶³ sino que podría ser aplicable incluso para delitos graves y muy graves.

c) *Privación de ciertos derechos*

Creo que la privación de ciertos derechos puede llegar a ser el fiel de la balanza para equilibrar las sanciones de acuerdo con las conductas

⁶⁰ *Cfr.* Chacón Cadenas, Manuel y Cid Moliné, José, "La pena de días-multa como alternativa a la prisión", en *Penas alternativas a la prisión*, coord. José Cid y Elena Larrauri, Bosch, Barcelona, España, 1997, p. 49.

⁶¹ *Cfr.* art. 53 del Código Penal; Chacón Cadenas, Manuel y Cid Moliné, José, *La pena de días-multa como alternativa a la prisión*, *op. cit.*, p. 44, entre otros.

⁶² En este sentido Mapelli y Terradillos señalan: "No es fácil explicar por qué sólo del impago de la multa penal se deriva una privación de libertad, y mucho menos cómo puede permutarse patrimonio por libertad personal", *vid.* Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 168.

⁶³ *Cfr.* en contra, Manzanares Samaniego, José Luis, *La pena de multa*, en La Ley 1996-2, D-130, La Ley, Madrid, España, 1996, p. 1536, donde considera que los defectos de la multa se atenúan en los casos de criminalidad menor.

realizadas. Quintero considera que “el tiempo se encargará de demostrar que por la vía de las penas privativas de derechos se puede encontrar un progresivo abanico de sustituciones de las penas privativas de libertad”.⁶⁴

Muñoz Conde y García Arán consideran que “las penas privativas de derechos pueden proporcionar la respuesta adecuada a un grupo de delitos cometidos precisamente en ejercicio de ciertos derechos o cargos”.⁶⁵

Las penas privativas de derechos diversos a la libertad personal y las patrimoniales resultan en muchos casos excesivas, y el hecho de que sean utilizadas como penas accesorias provoca una penalización absolutamente desproporcionada.⁶⁶ Por ello es oportuno que dichas penas sean consideradas en todo caso como penas principales.⁶⁷

Sin embargo autores como Matus consideran que este tipo de penas es apropiado para conductas delictivas de gravedad baja e intermedia,⁶⁸ lo cual abre la puerta a sanciones muy gravosas como sería el caso, por ejemplo, de un taxista que se le privara del derecho a conducir por varios años, caso en el que seguramente sería menos gravosa una pena privativa de libertad de corta duración.

Resulta interesante la reflexión del autor en comentario en el sentido de que la privación de derechos distintos al de la libertad “tiene como ventaja de que no obliga a entrar en consideraciones en torno a la personalidad o la peligrosidad del ofensor ni a sus posibilidades de reha-

⁶⁴ Vid. Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Derecho Penal parte general*, *op. cit.*, pp. 676 y 677.

⁶⁵ Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 584

⁶⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 418.

⁶⁷ *Idem*, En este sentido Quintero considera que “cuando estas penas se imponen como principales, por ser las más adecuadas a la naturaleza del delito ... pueden resultar útiles y coherentes”, *cf.* Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 676.

⁶⁸ Cfr. Matus Acuña, Jean Pierre, “Penas privativas de derechos”, en *Penas alternativas a la prisión*, coord. José Cid y Elena Larrauri, Bosch, Barcelona, España, 1997, p. 123.

bilitación”.⁶⁹ Esto fortalece mi convicción de la viabilidad de establecer un sistema de penas que no responda a fin alguno para evitar las consecuencias negativas que ello conlleva.

Es importante señalar que para que proceda la privación de ciertos derechos me parece necesaria la existencia de un vínculo entre el derecho de que se priva y la conducta realizada. Como dice Quintero, “el delito cometido lo ha sido merced al ejercicio de determinadas profesiones u oficios, en los que el reo ha demostrado falta de capacidad o de ética profesional”.⁷⁰

Pese a las diversas modalidades de privación de derechos existentes en nuestro ámbito de cultura, he preferido proponer sucintamente mi planteamiento para evitar una indeseable contaminación de conceptos.

Por lo anterior y sin ánimo de ser exhaustivo propongo la viabilidad de privar de los siguientes derechos:

- ◆ Derecho a conducir vehículos de motor
- ◆ Derecho a tenencia y porte de armas
- ◆ Derecho a ejercer un oficio o profesión
- ◆ Derecho a utilizar los servicios bancarios
- ◆ Derecho a acceder a determinados lugares públicos

Sin embargo considero necesario que exista un mecanismo para recobrar el derecho perdido, lo cual en algunos casos podrá ser el simple paso del tiempo, como sería el caso de los servicios bancarios o el acceso a lugares públicos, y en otros casos habría que demostrar que se está en aptitud de poder volver a desarrollar la actividad respectiva.

La privación de derechos es una pena que puede resultar bastante grave, como ya lo señalé, por lo que en principio estoy de acuerdo en que resultaría excesivo que dichas penas fueran a perpetuidad o por periodos prolongados en demasía.⁷¹

⁶⁹ *Idem*, p. 132.

⁷⁰ *Cfr.* Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 675.

⁷¹ *Cfr.* Matus Acuña, Jean Pierre, *Penas privativas de derechos, op. cit.*, p. 127.

Sin embargo también resulta necesario implementar un examen que avale la capacitación para, por ejemplo, la conducción de vehículos o la práctica de la medicina. Dicho examen comprobaría que el sujeto cuenta con las aptitudes, diligencia y conocimientos necesarios para desarrollar la actividad de mérito, por lo que en todo caso la pena de suspensión debería incluir un plazo mínimo para tener acceso al examen y en caso de obtener resultados insatisfactorios el sujeto no podría ejercer dicha actividad.

Lo anterior podría parecer injusto o desproporcionado, pero lo cierto es que la pena consistiría en la suspensión del derecho y un plazo para examinarse. El hecho de no estar capacitado y el posterior impedimento para realizar la actividad sería propio de la incapacidad o falta de pericia para la misma.

Tal sería el caso por ejemplo de un conductor que realiza un delito imprudente relacionado con la conducción. Evidentemente cuando se obtiene la licencia de manejo se demuestra que el sujeto tiene los conocimientos, la pericia y la diligencia suficiente para desarrollar una actividad que implica cierto peligro como es la conducción de vehículos a motor. Y a partir del momento de la obtención de dicha licencia existe una presunción de que el sujeto sigue en condiciones de conducir. Al cometer un delito imprudente por ejemplo, surgiría la necesidad de volver a examinar a dicho sujeto para verificar sus aptitudes.

d) *El comiso*

Por comiso se entiende la pérdida del dominio de bienes determinados como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo.⁷² Es decir, se trata de una pena que consiste en la pérdida de bienes.

Los bienes que deben ser susceptibles al comiso son los efectos e instrumentos del delito (*productum sceleris*, que son los objetos producidos por el delito; *instrumentum sceleris*, que son los instrumentos propiamente del delito y; el *objetum sceleris*, cuando se trate de bienes

⁷² Cfr. Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, Edersa, Madrid, España, 2000, p. 38.

de tenencia ilícita)⁷³ y las ganancias tanto directas como indirectas y todos aquellos bienes que sean producto del delito.

La razón para realizar el comiso de los efectos e instrumentos del delito consiste en evitar que con ellos se continúe causando agravios,⁷⁴ es decir, es un "comiso de seguridad".⁷⁵ Tal sería el caso de los objetos falsos o los objetos prohibidos o restringidos, como las armas y explosivos, drogas, etcétera. Una razón similar fundamenta el comiso de los instrumentos para la comisión del delito, ya que pretende evitarse que dichos instrumentos sean susceptibles de volver a utilizarse para la comisión de posteriores delitos. Como por ejemplo, de las imprentas y las placas para la falsificación de dinero.

Razones distintas sustentan el comiso de las ganancias producto del delito.⁷⁶ Pretenden corregirse *situaciones patrimoniales ilícitas*, sobre la base del principio general de que nadie debe enriquecerse mediante hechos antijurídicos.⁷⁷ El desarrollo al respecto de esta figura gira en torno al crimen organizado y se aplaude el gran protagonismo que ha adquirido esta figura en los últimos años "como medio de lucha contra la criminalidad organizada".⁷⁸ Es ilustrativo lo dicho por Huber en el sentido de que el hecho de que existan penas severas, no privan a quienes se benefician de los delitos "del disfrute de sus ganancias" o el uso de ellas para continuar con la actividad delictiva.⁷⁹ Anarte considera

⁷³ Cfr. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal*, comiso y pérdida de la ganancia, col. Estudios Penales núm. 1, Dykinson, Madrid, España, 2001, pp. 39-47.

⁷⁴ Cfr. Manzanares Samaniego, José Luis, "La pena de comiso", en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. 216-219, Ministerio de Justicia, Alcalá de Henares, España, 1977, p. 39.

⁷⁵ Cfr. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal*, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁶ Cfr. Faraldo Cabana, Patricia, *El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas*, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2, Universidade da Coruña, A Coruña, España, 1998, p. 261, quien considera que el fundamento es "el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto".

⁷⁷ Cfr. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal*, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸ Cfr. Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁹ Huber, Bárbara, *El comiso de las ganancias en el Derecho Penal con especial referencia a la Legislación sobre drogas*, en *Actualidad Penal* 1990-1 núm. 17, Actualidad Editorial, Madrid, 1990, p. 167, la autora se refiere específicamente a los nego-

que “la gran esperanza de la lucha contra la delincuencia organizada radica ahora en el control de los beneficios de sus actividades criminales, en la creencia de que su reintegración al mercado es el talón de Aquiles de aquélla”, para lo cual han sido implementados el comiso de los “patrimonios criminales” y la “criminalización del blanqueo de capitales”.⁸⁰

Lo que se pretende con el comiso de ganancias es “evitar que dichas ganancias sean utilizadas para cometer otros delitos, o para corromper—entre otros a políticos o funcionarios, empresarios o testigos—, o bien evitar que se reinviertan en el circuito económico del país para integrarlas de nuevo en el sistema financiero”.⁸¹ Pero también puede buscarse neutralizar los efectos positivos producidos por el delito.

“Puesto que el ánimo de lucro es el móvil fundamental de actuación de los grupos organizados, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para impedir dicho lucro en el seno de sus ordenamientos”.⁸²

Esta cita me parece el punto de partida de mi propuesta. Si bien es cierto que la lacra del crimen organizado requiere ser combatida frontalmente, no es menos cierto que existen otros criminales igualmente dañinos para la sociedad que centran su actividad criminal en el ámbito financiero, realizando defraudaciones masivas que perjudican considerablemente a la sociedad. Para reaccionar ante este tipo de criminales resulta oportuno el comiso de todos los bienes producto de los delitos, ya sea directa o indirectamente. Así podría lograrse que los grandes defraudadores de la banca en vez de pasar seis años en la cárcel y posteriormente disfrutar de inmensas fortunas, no tuvieran fortuna que disfrutar.

Lo anterior puede tomarse como un tópico, sin embargo la realidad se muestra de frente y lo que parece un tópico es un padecimiento coti-

cios de las drogas, pero considero que su comentario es aplicable a otras áreas del crimen organizado.

⁸⁰ Cfr. Anarte Borralló, Enrique, *Crónicas latinoamericanas, Criminalidad organizada*, en Revista Penal, núm. 2, Praxis, Barcelona, España, 1998, p. 101.

⁸¹ Vid. Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, *op. cit.*, pp. 69-71.

⁸² Vid. *Idem*, p. 71.

diano. Para procurar el comiso de todos los bienes existen figuras como el “levantamiento del velo” de la persona jurídica,⁸³ la cual “tiene como finalidad evitar el fraude de la pura fórmula jurídica que se utiliza para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas”.⁸⁴ Lo que se busca es evitar que quien delinque se valga de una persona jurídica que él mismo controla, para delinquir.⁸⁵ “No puede ser considerada la persona jurídica como un tercero, sino que levantar el velo significa, precisamente, poner de manifiesto que la persona física presenta una doble personalidad —una especie de esquizofrenia— pero que son la misma cosa”.⁸⁶ Al respecto Serrano y Merino señalan que “al juzgador penal debe permitírsele descartar o desestimar la apariencia social fraudulenta y atenerse a la personalidad (física) subyacente” de aquel que delinque.⁸⁷

⁸³ Cfr. Ángel Yágües, Ricardo de, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 3ª ed., Civitas, Madrid, España, 1995, pp. 351-370, en especial pp. 361-367 donde analiza sentencias al respecto en materia penal.

⁸⁴ Vid. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 62.

⁸⁵ Cfr. Bueyo Díaz Jalón, María y Palomo Balda, Emilio, *Responsabilidad de los administradores, levantamiento del velo*, Dossier Práctico Francis Lefebvre, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, España, 1999, p. 205, donde señalan que: “A favor de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el ámbito penal, se aduce que el Derecho Penal es un derecho eminentemente realista, apegado a la realidad, que huye de las ficciones, por lo que en el proceso penal impera el principio de indagación de la verdad material, que debe prevalecer sobre la formal, en orden a una tutela más eficaz de los bienes jurídicos protegidos, siempre que ello no suponga incurrir en la aplicación analógica prohibida. En el Derecho Penal, se dice, la doctrina del levantamiento del velo, que en otras ramas es la excepción, es la regla general, que no admite excepciones”. Esta frase es tomada de José Luis Serrano e Isaac Merino, al respecto se plantean la aplicabilidad de la figura del levantamiento del velo en materia penal, y señalan que a favor de esta opción “habla el hecho de que en el proceso penal impera el principio de indagación de la verdad material, que debe prevalecer sobre la formal, en orden a una tutela más eficaz de los bienes jurídicos protegidos, siempre que ello no suponga incurrir en la aplicación analógica prohibida”, cfr. Serrano González de Murillo, José Luis y Merino Jara, Isaac, *El “levantamiento del velo” en el marco de la defraudación tributaria*, en Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, XLIV /231-232, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, mayo-agosto 1994, p. 679. Estos autores realizaron un ensayo muy interesante sobre el levantamiento del velo al respecto de la defraudación tributaria, cfr. *idem*, *passim*.

⁸⁶ Vid. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 63.

⁸⁷ Cfr. Serrano González de Murillo, José Luis y Merino Jara, Isaac, *El “levantamiento del velo” en el marco de la defraudación tributaria*, op. cit., p. 680, los autores hablan de “aquel que elude tributos” mientras que aquí he reinterpretado sus palabras en el sentido genérico de “aquel que delinque”.

Es importante señalar que debe distinguirse el levantamiento del velo del actuar en nombre de otro, ya que “no se da una verdadera separación de esferas o patrimonios entre socio y sociedad”, es decir, se actúa no en interés de otro sino en interés propio utilizando a la persona jurídica como instrumento.⁸⁸

Adicionalmente debe tenerse en cuenta el comiso de bienes de terceros. Existen varios supuestos en los que los bienes pertenecen a un tercero. Puede ser que los bienes hayan sido adquiridos por el tercero en un momento posterior al delito, por lo que será indispensable que la adquisición se hubiera realizado de forma dolosa. En ese caso puede tratarse incluso de un delito de receptación o de blanqueo de capitales.⁸⁹

En caso de que el titular de los bienes lo sea antes de la comisión del delito, si actuó de forma dolosa, puede incurrir en responsabilidad penal como partícipe.⁹⁰

Sin embargo, el caso más importante para efectos del comiso me parece que se presenta en la actuación en nombre de otro.⁹¹ Tal es el caso en el que el titular del bien es en verdad un instrumento del verdadero titular, lo que coloquialmente suele llamarse “testaferro o prestanombres”. En estos casos el comiso debe realizarse sobre los bienes procedentes de la actividad ilícita. Lo mismo sucede en el caso inverso. Es decir, en los casos en los que el verdadero dueño usa y disfruta una serie de bienes de procedencia ilícita (ya sea directa o indirectamente) pero el titular formal de dichos bienes es un tercero. Un ejemplo típico al respecto es el caso en el que el dueño real utiliza un vehículo que se encuentra registrado a nombre de un tercero. En estos casos el comiso debe aplicarse sobre cualquier bien en posesión del sentenciado ya que debe considerarse producto de las actividades ilícitas realizadas.

⁸⁸ Cfr. Serrano González de Murillo, José Luis y Merino Jara, Isaac, *El “levantamiento del velo” en el marco de la defraudación tributaria*, *op. cit.*, p. 682.

⁸⁹ Cfr. Choclán Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal*, *op. cit.*, pp. 55-57.

⁹⁰ *Idem*, p. 58.

⁹¹ *Idem*, pp. 65 y 66.

Es este tipo de comiso el que considero oportuno para mi modelo de penas.⁹² Es decir, creo que el comiso debe proceder, en delitos patrimoniales específicos, sobre todos los bienes del sentenciado. Para ello no hace falta mucha maquinación legal, ya que en todo caso la propiedad de los bienes muebles se presume de quien detenta su posesión. Y en todo caso si llegasen a reclamar los “legítimos propietarios” podría abrirse una línea de investigación como sucede en materia tributaria por medio de las compulsas. Es decir, el hecho de que alguien reclamara como suyo un bien en posesión de una persona sentenciada por un delito determinado, daría pie a investigar el vínculo entre ambos así como el origen de los bienes de dicha persona.

El criterio rector para la procedencia del comiso como pena debería ser el ánimo de lucro.

Por lo anterior considero que el comiso está llamado a ser una pena que requiera de un complemento, ya que el simple hecho de retrotraer las utilidades no me parece suficiente. Por ello podría darse el caso de que el comiso se realice sobre bienes ajenos a la comisión del delito, lo cual no rompería con la proporcionalidad requerida por las penas, sino que precisamente por esa necesidad de proporcionalidad sería oportuno incrementar el monto.

Según dice Eser, en Alemania existe la pena sobre el patrimonio y el comiso ampliado, figuras que se aplican especialmente en los casos de crimen organizado y de corrupción.⁹³ Yo propongo ampliar este tipo

⁹² Esta idea la comparten otros autores, *cf.* entre otros, Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, *op. cit.*, p. 67, quien señala: “Es tal la importancia que el comiso de ganancias está adquiriendo, que se habla del mismo como ‘tercera dimensión’ en la lucha contra el delito o como la ‘cuarta vía’”; *cf.* Huber, Bárbara, *El comiso de las ganancias en el Derecho Penal con especial referencia a la legislación sobre drogas*, *op. cit.*, pp. 167 y 168 quien habla de una “tercera dimensión”; *cf.* Mapelli Caffarena, Borja, *las consecuencias accesorias en el Nuevo Código penal*, en *Revista Penal*, año 1, núm. 1, Praxis, Barcelona, España, 1997, p. 49, quien habla de “cuarta vía”.

⁹³ *Cfr.* Eser, Albin, *La evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del siglo XX*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, España, 2001, pp. 265, 266 y 275 particularmente.

de penas, es decir, normalizarlas al resto de delitos, con lo cual podría empezarse a producir y exportar ideas normativas.

En casos de delitos peculiarmente graves podría proceder otro tipo de penas de las aquí propuestas, siendo éstas complementos del comiso o viceversa.

Conclusiones

El fundamento del *ius puniendi* estatal se ha sustentado a partir de las teorías del fin de la pena, por lo que actualmente se admite sin problemas la máxima de que el Estado aplica sanciones penales para “prevenir delitos”. Como señalé, la idea de prevención ha permeado tanto en la cultura jurídica que inclusive resulta difícil encontrar cuestionamientos al respecto.

Sin embargo me parece necesario el cuestionarse el fin de las penas y la legitimidad del Estado para aplicarlas.

A partir del cuestionamiento personal, llegué a la conclusión de que las teorías del fin de la pena carecen de fundamento y padecen de serios problemas irremediables. Y dadas las circunstancias había que buscar el fundamento que legitimara al Estado para aplicar las sanciones penales o, necesariamente, habría que proponer la abolición del Derecho Penal.

Para buscar la legitimidad del *ius puniendi* había que buscar la legitimidad de la forma de Estado, y considero que sólo la forma de Estado social y democrática de Derecho cuenta con plena legitimidad.

A partir de ahí, separé el elemento democrático y el elemento social, correspondiéndole al primero legitimar las conductas sancionadas y el tipo de penas y al segundo legitimar la intervención del Estado en forma exclusiva en materia penal.

Si bien el elemento democrático ha sido meridianamente considerado para la elaboración del sistema penal, el elemento social ha sido absolutamente despreciado.

Por ello propongo que se participe finalmente al sistema penal del modelo social. Para realizarlo es necesario que se atiendan las necesidades de la víctima de tal forma que su drama se minimice lo más posible. Para lograrlo el Estado deberá participar activamente mediante una función resarcitoria.

Pero el elemento social debe también afectar al delincuente. El Estado tiene la responsabilidad de atender al delincuente de tal forma que sólo le sea aplicable la pena legalmente impuesta. En la ejecución de las penas, y especialmente en la privativa de libertad, debe también actualizarse el principio social, evitándole al individuo privado de libertad mayores sufrimientos que los propios de la pena. Es decir, considero que debe proveerse a los internos de todos los medios necesarios para que su estancia en las cárceles sea digna y respetuosa de su calidad de persona, y no tengan que padecer vejaciones propias de un sistema ilegal e ilegítimo como el que impera en los centros de reclusión.

Es necesario que el Estado afine sus procesos democráticos de tal forma que las penas y las conductas sancionadas sean acordes a un Estado social y democrático de Derecho. No es posible que sigan sancionándose penalmente conductas como el adulterio o la bigamia.

Pero es aún más importante que el Estado empiece a actualizar el modelo social dentro del sistema penal. En tanto no lo haga, seguirá padeciendo de ilegitimidad para aplicar las sanciones y como detentador del monopolio del *ius puniendi*.

Tengo la esperanza de que el siglo XXI sea el siglo en el que definitivamente sean abolidas las penas inhumanas, degradantes e ilegales, y que las políticas sociales sean una realidad de tal forma que el Estado promueva eliminar las desigualdades respetando las diferencias.