

ISSN: 0124-7972.

Revista

Holística Jurídica

8

Facultad de Derecho

Diciembre de 2010.

Edición especial en Derecho Penal



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA**
CALIDAD HUMANA Y PROFESIONAL

E ditorial

Una revista que se precie de ser científica buscará presentar a sus lectores periódicamente los avances importantes del campo específico al que está dedicada mediante la recopilación de resultados de investigación sobre temas de actualidad y de reflexiones de reputados operadores de la disciplina en cuestión. En este orden de ideas, quienes estamos comprometidos con una publicación de esta naturaleza deberemos siempre tratar de llegar a sus posibles lectores con artículos serios y de alta calidad científica, que impliquen para ellos el acercamiento a temas de verdadero interés y que tengan aplicación práctica en su campo de estudio o de práctica profesional.

Valga decir que esto no es una tarea fácil.

En cada disciplina se presentan anualmente un sinnúmero de escritos que, sin demeritar, ni mucho menos, a quienes han puesto su empeño y esfuerzo en producirlos, carecen del elemento novedoso o de la potencialidad de aplicación práctica que antes mencionaba. Sin embargo, entre tanta tinta es posible encontrar, a veces, raras joyas que generan la excitación intelectual del selector y el anticipado regocijo de ser quien tendrá la posibilidad de compartirlas con sus colegas desde la publicación que dirige. Pero claro, esta selección será siempre subjetiva: es de la naturaleza humana emitir un juicio de valor sobre cualquier objeto de estudio, y en dicho juicio de valor siempre influirá su formación específica y sus calidades personales. Por este motivo, no sólo es difícil elegir los textos a ser presentados sino también tratar de separarse de todo aquello que influya negativamente en el proceso de selección de los mismos. Como esto no es absolutamente posible, es importante que los artículos seleccionados sean evaluados por otras personas con formación y experiencia diferentes y que, actuando como colaboradores del proceso editorial, den su concepto sobre la calidad científica y editorial de los artículos presentados.

En fin, el proceso editorial es bastante complejo por muchas razones. Es por este motivo que cualquier revista científica debe contar con personal comprometido con el proceso y con los fines de la misma. Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín se decidió hace diez años apostarle a la creación de una revista de corte científico y si bien en este tiempo la vida de esta publicación ha sido accidentada, consideramos que actualmente estamos en el buen camino para lograr una óptima calidad científica y editorial. Es por esto que en esta edición presentamos una revista renovada tanto en su imagen como en sus estándares editoriales y que, en esta ocasión, presenta artículos escritos por estudiosos del derecho penal de varias partes del mundo.

¿Por qué publicar una edición dedicada exclusivamente al derecho penal? Aunando a razones de índole práctica, como es la de reconocer la trayectoria que en este campo tiene nuestra facultad, trayectoria que actualmente nos permite ofrecer una nueva especialización en ciencias penales y penitenciarias, vale la pena resaltar el importante campo de estudio que es el derecho penal. Esta disciplina, una de las de mayor tradición en el campo jurídico, tiene especial interés porque representa siempre la pugna existente entre aquello que la sociedad considera adecuado y



constructivo y la conducta desviada de quien comete un delito. El derecho penal es, entonces, el mecanismo mediante el cual se castigan dichas conductas desviadas y dañosas para la sociedad, pero su estudio no se detiene allí, ya que sus estudiosos también deben ocuparse de que dicho castigo no sea absoluto y se convierta en excesivo al violentar los derechos y garantías personales de quien es sancionado. Se presenta pues siempre una dicotomía entre las libertades y derechos personales y la facultad reguladora y sancionadora del Estado, la cual requiere siempre de un punto de equilibrio que evite el desborde de cualquiera de ellos.

En palabras de Ferrajoli, en su introducción a la gran obra *Derecho y Razón*, “Si la propiedad privada fue llamada por Beccaria «un terrible y quizás no necesario derecho», la potestad de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más «terrible» y «odioso» de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales. Es por lo que el derecho penal ha estado siempre en el centro de la reflexión jurídico-filosófica. Su fundamentación racional, aún en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente considerada equivalente a su justificación ético-política; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder castigar, de prohibir y de juzgar.”¹

Es esto, en definitiva, lo que nos lleva a ofrecer una edición en la cual se privilegian escritos que tocan directamente con esta problemática del punto de equilibrio, analizado en diversos aspectos por estudiosos del derecho penal de diversas partes del mundo, que nos permitieron publicar sus estudios por primera vez en nuestro país. Así, comenzamos este volumen con un artículo del reconocido profesor argentino Marco Antonio Terragni titulado “Posición de Garante y Derechos Individuales”, en el que se estudia minuciosamente la institución del deber de garantía, sus fuentes y sus limitaciones. Continuamos con un artículo del profesor y fiscal brasileiro Jacson Zilio titulado “La Criminología Crítica como (De)Construcción del Derecho Penal”, en el que se busca demostrar como a través de la criminología crítica se puede lograr una transformación del derecho penal teniendo como referente el respeto por los derechos humanos. Sigue un artículo del profesor Iván Salvadori de la Universidad de Verona (Italia), en el que se define el delito de hurto de identidad y se hace un recuento del tratamiento que se le ha dado al mismo en diversas legislaciones. Luego, tenemos un artículo escrito por el profesor y defensor público panameño Alberto González titulado “La Tipicidad de la Revelación de Secretos Informáticos”, en el que aborda la tipicidad de dicho delito en la legislación panameña. A continuación, tenemos un artículo del consultor en derecho penal internacional colombiano Manuel Andrés Galvis llamado “El Estatus Jurídico de los Soldados y Policías en Poder de las FARC”, en el que el autor examina por qué se puede considerar que los soldados y policías que se

¹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 2004; p. 21.

E ditorial

encuentran en tal situación pueden ser considerados como víctimas de un crimen de guerra, de acuerdo con las reglas del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional. Sigue un artículo del profesor australiano Guy Cumes llamado ““The Concept of the Criminal Offence in Australian Criminal Law” (El Concepto de Ofensa en el Derecho Penal Australiano), publicado en su lenguaje original, en el que se trata de determinar el concepto de ofensa criminal al delimitarlo, pues este no es un concepto que esté claramente definido por el sistema de common law. Finalmente, incluimos una reseña del libro “Die Verhältnismäßigkeit In Cyberstrafrecht Das Strafrecht Vor Neuen Herausforderungen” (La Proporcionalidad en el Ciber Derecho Penal. La Intervención de la Justicia Penal en el Ciberespacio con base en el Principio de Proporcionalidad) escrita por el profesor César Osorio, miembro de nuestra facultad, en la que se tratan los principales aspectos desarrollados en la obra y que concluye con algunas apreciaciones personales acerca de la necesidad de una política criminal especialmente diseñada para la cibercriminalidad.

Esta es pues nuestra selección para esta edición. Personalmente, espero que todos ustedes, nuestros lectores, se deleiten con la lectura de estos artículos y puedan encontrar en ellos algo que enriquezca su quehacer profesional y académico.

Carolina María Mejía Osorno
Editora

E ditorial

A magazine that proclaims itself to be scientific, will seek to periodically present to its readers the important advances of its specific field through the compilation of current research data and of opinions given by distinguished operators within the discipline in question. Along these lines, those of us who are committed with a publication of this nature should always try to offer the readers serious and high quality scientific articles which will bring them closer to topics of true interest and which have practical applicability in their field of study or professional practice.

For the record, this is not an easy task.

In every discipline, a countless number of writings are produced every year which (without taking credit from those who have made a great effort to produce them) lack the cutting edge component and the possible applicability mentioned before. Nonetheless, amidst all this ink it is sometimes possible to find a rare gem that arouses the intellectual excitement of the selector as well as an anticipated delight in the possibility of sharing it with its fellow colleagues through the publication he directs. But naturally, this selection will always be of a subjective nature. It's only human to discharge value judgments over any object of study, thus this judgment will always be influenced by a person's specific formation and personal qualities. This is why it's not only difficult to select the articles to be published, but also to separate oneself from everything that may have a negative influence in the selection process. As this is virtually impossible, it is important to have these articles assessed by people with a different background so, as collaborators in the editorial process, they can give their expert opinion on the editorial and scientific quality of these.

In short, the editorial process is very complex for many reasons. This is why any scientific magazine must count with personnel that are committed with the process and with its purposes. Ten years ago, the Law School of the San Buenaventura University (Medellín) decided to create a scientific magazine, and though its existence has been eventful, we consider we are now on the right path to achieve optimal scientific and editorial quality, which is why in this edition we present a renovated magazine, both regarding its image and its editorial standards, that compiles articles written by criminal law scholars from different parts of the world.

But, why publish an edition dedicated entirely to criminal law? On one hand, there are practical reasons, such as acknowledging our faculty's experience in this field, which currently allows us to offer a postgraduate course in Criminal and Penitentiary science; and on the other hand to highlight the importance of this field of study. This discipline, which is amongst the most traditional in the legal area, has a special interest since it represents the struggle between what society considers adequate and constructive and the deviant behavior of the person who commits a crime. Therefore, Criminal law is the mechanism through which such injurious behavior is punished. But its concern does not stop here. Its scholars must acknowledge the fact that this punishment is not absolute and that it cannot become excessive by violating the rights and guarantees of the penalized individual. Consequently, there is always a dichotomy between personal rights and liberties and the regulatory and punitive power of the state; which must always have a balance point that prevents the extra limitation of any of them.

As Ferrajoli said in the introduction to his great work *Law and Reason*; "If private property was described by Beccaria as «a terrible and perhaps unnecessary right», the power to punish and judge is surely as Montesquieu and Condorcet wrote the most «terrible» and «odious» of powers; one



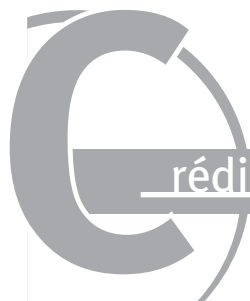
which is exercised over people in the most violent and direct way and where the relationship between the state and its citizens, authority and freedom, the safety of society and individual rights, is manifested in its most conflicting way. Hence, criminal law has always been the focal point of the legal philosophy reflection. Its rational basis, even with the changes of rational criterions, has been consistently considered to be equivalent to its ethical - political justification; on the contrary, its irrationality has always been compared to despotism and abuse of power. At the same time, its strict legal discipline has proven to be, by way of specific legal limitation and legitimization, the main guarantee of rationality and of the justification of the punishing, prohibiting and judging power.”²

All this is definitely what motivates us to offer an edition where we privilege writings directly concerned with this issue, analyzed in several aspects by criminal law researchers from all over the world who have allowed us to publish these studies for the first time in our country. Thus, we begin with an article by the renowned Argentinean professor Marco Antonio Terragni called “Guarantor Position and Individual Rights” where he thoroughly studies the legal duty to act that arises in certain situations, its sources and limitations. We continue with an article by Brazilian professor and prosecutor Jacson Zilio called “Critical Criminology as a (De)Construction of Criminal Law” where he attempts to demonstrate how a transformation of criminal law can be achieved through critical criminology and by having the respect for human rights as a constant guide. Next, comes an article by the University of Verona's professor Iván Salvadori called “Fighting Identity Theft: The Different Legislative Perspectives”, in which the crime of identity theft is defined and an account of its treatment in several legislations is given. We continue with an article by Panamanian professor and public defender Alberto González called “Typification of the Disclosure of Computerized Confidential Information” where he tackles the typification of such crime in Panamanian law. Next, we have an article by Colombian international criminal law consultant Manuel Andrés Galvis called “The Legal Status of Soldiers and Police Members Being Held Captive by the FARC” in which he examines why the Police and Army members that are in this situation can be considered as victims of a war crime according to the rules of International Humanitarian Law and International Criminal Law. Next comes an article by the Australian professor Guy Cumes called “The Concept of the Criminal Offence in Australian Criminal Law”, published in its original language, in which he attempts to determine the concept of criminal offence by outlining its limits, since this is not a concept that is clearly defined by common law. And finally, we have a review of the book “Die Verhältnismäßigkeit In Cyberstrafrecht Das Strafrecht Vor Neuen Herausforderungen” (Proportionality in Cyber-Criminal Law. Criminal Justice's Intervention in Cyberspace according to the Proportionality Principle) by our faculty member César Osorio, in which he covers the main issues dealt with by the author and concludes with some personal thoughts on the need for criminal policy specifically designed for cyber criminality.

So, this is the selection we have made for this issue. I personally hope all of you, our readers, will take pleasure in reading these articles and find in them something to enrich your professional and academic activities.

Carolina María Mejía Osorno
Editor

²FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 2004; p. 21.



réditos

**REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA
SECCIONAL MEDELLÍN
ISSN 0124-7972
N° 8, Diciembre de 2010**

Rector:	Fray Miguel Ángel Builes Uribe, o.f.m.
Secretario General:	Fray José Norberto Agudelo Loaiza, o.f.m.
Decana:	Julia Victoria Montaña Bedoya
Editora:	Carolina María Mejía Osorno
Comité Editorial:	Andrés Eduardo Velandia Canosa Pedro Pablo Cardona Galeano Martín Agudelo Ramírez Isadora González Rojas Carolina María Mejía Osorno
Comité Científico:	Matías Bailone Iván Salvadori Osvaldo Alfredo Gozaini Juan Montero Aroca
Pares Académicos:	Geovana Andrea Vallejo Jiménez Sebastián Naranjo Serna Francisco Javier Tamayo Patiño Renato Vargas Lozano Ricardo Molina López
Periodicidad:	Semestral
Tiraje:	200 ejemplares
Traductor:	Carolina María Mejía Osorno María Cristina Hernández Arboleda
Diagramación e Impresión:	Departamento de Publicaciones Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín

Solicitamos canje / Nous demandons l'exchange / Pede se permuta / We
request exchange / Wir bitten um Austausch von Publikationem
Calle 45 61-40 Bello, Antioquia, Colombia
Teléfono 514 56 00 Ext. 4301

1

Dr. Marco Antonio Terragni

Posición de Garante y Derechos Individuales

pag 13

2

Dr. Jacson L. Zilio

La Criminología Crítica Como (De)Construcción del Derecho Penal

pag 37

3

Dr. Iván Salvadori

La Lucha Contra el Hurto de Identidad: Las Diferentes Perspectivas Legislativas.

pag 61

4

Alberto H. González Herrera

La Tipicidad de la Revelación de Secretos Informáticos.

pag 79

5

Mg. Manuel Andrés Galvis Martínez

El Estatus Jurídico de los Soldados y Policías en Poder de las FARC.

pag 89

6

Guy Cumes

The Concept of the Criminal Offence in Australian Criminal Law.

pag 107

7

César Alejandro Osorio Moreno

Reseña: Die Verhältnismäßigkeit In Cyberstrafrecht Das Strafrecht Vor Neuen Herausforderungen. (La Proporcionalidad en el Ciber Derecho Penal. La Intervención de la Justicia Penal en el Ciber Espacio con base en el Principio de Proporcionalidad).

pag 127

1

Dr. Marco Antonio Terragni

Guarantor Position and Individual Rights

pag 13

2

Dr. Jacson L. Zilio

Critical Criminology as a (De)Construction of Criminal Law

pag 37

3

Dr. Iván Salvadori

Fighting Identity Theft: The Different Legislative Perspectives

pag 61

4

Alberto H. González Herrera

Typification of the Disclosure of Computerized Confidential Information.

pag 79

5

Mg. Manuel Andrés Galvis Martínez

The Legal Status of Soldiers and Police Members Being Held Captive by the FARC.

pag 89

6

Guy Cumes

El Concepto de Ofensa en el Derecho Penal Australiano.

pag 107

7

César Alejandro Osorio Moreno

Review: Die Verhältnismäßigkeit In Cyberstrafrecht Das Strafrecht Vor Neuen Herausforderungen. (Proportionality in Cyber-Criminal Law. Criminal Justice's Intervention in Cyberspace according to the Proportionality Principle)

pag 127

POSICIÓN DE GARANTE Y DERECHOS INDIVIDUALES

Dr. Marco Antonio Terragni*

Resumen

Este artículo busca un acercamiento a los distintos criterios doctrinarios que sobre el deber de garantía se han formulado, haciendo un examen minucioso sobre su naturaleza y límites, sus fuentes y las situaciones en que se puede predicar el surgimiento de dicho deber para una persona; todo esto desde la óptica del derecho penal argentino.**

Palabras Clave:

Delito Omisivo; Deber de Garantía; Ley Material; Responsabilidad Penal; Posición de Garante.

Abstract:

This article approaches the different doctrinal opinions made on the legal duty to act that arises in certain situations, making a thorough examination on its nature and limits, on its sources and on the situations that create this duty; all this from the viewpoint of Argentinean criminal law.

Keywords:

Crime of Omission; Duty to Act; Material Law; Criminal Liability; Guarantor Position.

Sumario:

I. Antecedentes. II. Campo de Aplicación del Concepto Deber de Garantizar la Indemnidad del Bien Jurídico. III. Ubicación Sistemática. IV. Las Fuentes del Deber de Garantizar. Generalidades. V. Fuentes Formales. a. La Ley Como Fuente del Deber de Garantía. b. Fuentes Materiales. c. Cercanía Social o Existencial. d. Defraudación de Confianza o Desatención de Expectativas Recíprocas. e. Creación o Incremento de Peligro. f. El Actuar Precedente. Injerencia. g. La Asunción de una Función de Protección y el Deber de Control de Fuentes de Peligro. h. La Estrecha Relación con el Bien Jurídico y la Comunidad de Vida o de Peligro. i. La Posición de Garante en Virtud de Incumbencia por Organización y Responsabilidad en Razón de Incumbencia Institucional. j. La Posición de Garante Fundada en la Ponderación de Intereses. VII. Los Derechos Constitucionales.

*Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Estudios Avanzados por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Derecho Penal titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ex Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Profesor de los cursos de posgrado de la Universidad Austral (Rosario). Profesor invitado para los cursos de posgrado de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de La Rioja y de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional del Sur y del Colegio de Abogados de San Isidro. Profesor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Se le otorgó la Presea a la Excelencia Académica "Simón Bolívar" (Perú-Ecuador). Ex becario del Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional de Freiburg (Alemania). Ha publicado numerosos libros y artículos en revistas jurídicas de Argentina, Uruguay, Perú, España e Italia. Dirigió "Ciencias Penales Contemporáneas", revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de Ediciones Jurídicas Cuyo (Mendoza, Argentina). Mantiene en Internet el sitio de doctrina e información jurídica www.terragnijurista.com.ar. E-mail: mterragni@estudioterragni.com.ar

**Resumen agregado por la editora.

I. Antecedentes.

El uso originario de la idea posición de garante estuvo enderezado a fundamentar la imputación por no evitar un resultado. Feuerbach fue quien relacionó la posición de garante con el autor por omisión con estas palabras: “Hay un crimen omisivo (delict. omissionis, por oposición al delict. comissionis), siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún criminal por omisión”¹.

Más allá de la discusión acerca del deber, tema del que me ocuparé enseguida, interesa destacar ahora que, conforme al entendimiento básico general, garante es alguien que está compelido a hacer algo en favor de un extraño - que ostenta el derecho de exigir esa actividad - en razón de la vigencia de un mecanismo especial más enérgico que el común destinado a asegurar que el deudor cumpla.

Si sólo hubiese un interés particular - el del acreedor - el incumplimiento del compromiso tendría únicamente consecuencias civiles. En tanto que, si a la expectativa individual se le suma la aspiración de la sociedad de que esa obligación se satisfaga, la conminación al cumplimiento es mayor y por eso se la refuerza con la amenaza de aplicar una pena al infractor.

El Estado concreta la advertencia de que así ocurrirá, tipificando como delitos ciertos comportamientos pasivos a los que estima intolerables para el buen funcionamiento de la vida en comunidad.

Usando una terminología técnico-jurídica se dirá que usa una forma de incriminar la pasividad: Creando tipos de omisión, denominados por la doctrina como de omisión propia.

Con una técnica legislativa semejante, el legislador trataría de adecuar sus decisiones a los preceptos de los arts. 18 y 19 C.N.

Pero no siempre el Estado procede así: Por obra de cierta doctrina -recogidas legislativamente sus ideas al respecto en algunos países- queda abierta la posibilidad de que el ámbito de leyes, elaboradas para prohibir comportamientos activos, se extienda a las conductas pasivas, imponiendo así obligaciones de hacer; exigiendo al hombre que no permanezca inactivo, si estuviesen en peligro los bienes a los que aquellas normas buscan proteger.

Se genera así otra categoría de infracciones punibles; la de delitos impropios de omisión, de omisión impropia -los llaman en Alemania- o de comisión por omisión - como los conocen en España- según diversas maneras de nombrarlos, que usaré indistintamente.

Este último procedimiento es más preocupante para quien le asigna la posición de privilegio en la escala de los valores a los derechos individuales, que el sistema de crear tipos propios de omisión en los que la obligación está indicada por la misma ley; en tanto que en la amenaza de castigar, en forma mas o menos genérica por omisión impropia, surge por obra de un método en el cual - por regla- no está prevista legislativamente la determinación acerca de sobre qué bases se construye la obligación de conservar incólume aquello que es de utilidad para la víctima y para la comunidad.

¹Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Trad. Por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66.

II. Campo de Aplicación del Concepto Deber de Garantizar la Indemnidad del Bien Jurídico.

Las reflexiones que siguen son aplicables tanto a la omisión impropia, como a la obligación de actuar positivamente, que permanece en cabeza del delegante cuando asigna tareas a otros; y a algunos casos en que se analice si es dable imputar al principal por el hecho del dependiente, como ocurre en ciertos comportamientos delictivos que ocurren en el ámbito de las empresas.

III. Ubicación Sistemática.

Es preciso poner el acento en que el tratamiento le dará será dogmático, y en este sentido corresponde encontrarle su ubicación en la teoría jurídica del delito (cuyos elementos básicos son acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) al instituto de la posición de garante, junto a la problemática de las fuentes del deber de obrar.

Realizado un examen de la cuestión, no queda duda de que es atinente a la tipicidad; tanto en cuanto a los delitos de comisión²⁻³ por omisión como en orden a las otras situaciones: la criminalidad subsistente a la delegación de tareas y la empresarial.

En estas áreas de imputaciones jurídico-delictivas, a los elementos objetivos y subjetivos de las infracciones penales en cuestión, alguna normativa, doctrina y jurisprudencia le añade la exigencia (por ser externa y dirigida erga omnes, en principio, objetiva) no ya de que el hombre se abstenga –como ocurre con los tipos prohibitivos- sino la de que adopte un comportamiento activo dirigido a resguardar el bien que al Derecho le interesa proteger.

Sin embargo corresponde que advierta desde ya contra el uso extensivo de la idea posición de garante, que por obra de alguna doctrina ha llegado hasta el punto de pretender constituirlo en una incriminación autónoma, en cierta forma independiente de la dolosa y de la culposa, hasta el extremo de que Roxin habla de que alguien es “sancionado” con una posición de garante⁴; como si la infracción de los deberes que supone hallarse en ese puesto fuese –por sí y con prescindencia de los elementos subjetivos dolo y culpa, la única razón para aplicar una pena.

En este error de alguna doctrina y alguna jurisprudencia alemanas (imitadas en otros lares) radica el meollo de todos los equívocos cuyos efectos - para colmo y como no podría ser de otra manera dada la intención subyacente de quienes incurren en ellos - juegan siempre en favor de la ampliación de la punibilidad; no de una reducción de ella⁵.

²V. en cuanto a la posición de garante como problema situado finalmente en el tipo de los delitos de comisión por omisión, Romeo Casabona, Carlos María, Límites de los delitos de comisión por omisión, en Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 37.

³Quien acepte la posibilidad de imputar la comisión de un delito a quien omite, debe salvar una dificultad. Si un tipo tiene elementos objetivos y subjetivos explícitos, no es válido que el intérprete le agregue por su cuenta, otro: Posición de garante.

⁴Roxin, Claus, Injerencia e imputación objetiva, en Revista Penal, La Ley, Madrid, N^o 19, enero 2007, pp. 152 ss.

⁵En gran medida las especulaciones que se hacen en tierra germánica no serían necesarias aquí a la luz de las reglas del art. 106 C.P. argentino. Con él no es preciso acudir al rodeo de castigar la no evitación del resultado de la misma manera en que se lo hace con la violación de la regla prohibitiva y luego acudir a la reducción facultativa de la pena que trae el párrafo 13 StgB con su remisión al párrafo 49 StgB, pues nuestro artículo llega por una vía más racional a idéntica consecuencia: El mero hecho de crear las situaciones de riesgo para la vida o la salud de otro, a las alude nuestra regla, genera la posibilidad de un castigo más severo cuando a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima (art. 106, segundo párrafo) o superior aún si ocurriese la muerte (idem, tercer párrafo).

IV. Las Fuentes del Deber de Garantía. Generalidades.

Si bien una finalidad como la que señalo en el párrafo anterior puede ser compartida por unos y rechazada por los demás, el problema central de cualquier concepción que se tenga sobre este asunto, consiste en descubrir de dónde emana ese deber de obrar positivamente.

Ya he apuntado que la explicación original, la de Feuerbach, hablaba de la necesidad de que exista un especial fundamento jurídico. Ello hace imprescindible fijar la atención en los dos adjetivos que califican el sustantivo fundamento:

Es especial, porque no se trata de la misma razón genérica, en función de la cual a toda persona le está prohibido producir el efecto a que se refiere el tipo penal. Siendo el deber especial, no se le exige una actuación positiva a cualquier individuo sino a alguien que es identificado en orden a un vínculo determinado que lo une con el bien de que se trate, y al que el Derecho quiere proteger.

Y es jurídico porque constituye una exigencia que impone la sociedad utilizando su aparato organizado de poder imponer reglas de conducta bajo coerción. Expresada la idea con otras palabras: No se trata de un compromiso moral, sino de un deber cuyo acatamiento exige so amenaza de que se pondrán en movimiento los mecanismos estatales para castigar de alguna manera al infractor.

Como resulta obvio, cualquiera sea el supuesto de hecho con trascendencia al mundo jurídico, la persona sobre la que recae el compromiso de actuar, no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de hacer lo que esté a su alcance para que él no acontezca. Lo prohibido, entonces, no es el resultado, sino no realizar, quien tiene el deber jurídico de emprenderla, la actuación necesaria y posible para que no tenga lugar el efecto al que se refiere el tipo de la ley penal. A esta persona, que se encuentra en una tan estrecha vinculación con el bien jurídico que le corresponde la obligación de protegerlo, el Derecho lo ubica en el rol al que se le llama garante.

El mismo Feuerbach identificó cuáles son los manantiales, de los cuales emana la obligación jurídica sin cuya concurrencia “no puede haber ningún criminal por omisión”. Según él lo expuso, son la ley y el contrato.

V. Fuentes Formales.

La doctrina posterior calificó a la ley y al contrato como fuentes formales; e hizo un agregado⁶, calificando como fuente formal también la conducta peligrosa precedente⁷.

Sin perjuicio de volver sobre el tema cuando examine cada una de esas vertientes del deber de obrar, desde ya llama la atención que se haya considerado a la conducta precedente como fuente formal, pues no tiene forma, como puede entenderse que sí la tienen la ley y el contrato. Más bien se trata de una concepción material, una de las tantas que se mencionan para evadir los límites que puede trazar la necesidad de encontrar una regla legal que - expresamente - establezca la obligación de seguir actuando, en consonancia con lo que se hizo antes, pero en sentido contrario: esta vez para contrarrestar el peligro que generó la conducta previa.

⁶Resulta interesante consignar, desde ya, que la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema va engrosando la lista de las fuentes: son todos agregados a la concepción original.

⁷Lo que, en términos generales, ahora se denomina injerencia.

a. La Ley como Fuente del Deber de Garantizar.

La norma fundamental consta en el art. 19 C.N., y es contundente, por lo que no deja margen a la duda: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda...”

Tiene que haberse dictado -naturalmente por el Congreso de la Nación- una ley que compela a realizar o ejecutar una acción.

Siendo esto cierto e ineludible (como que se trata de un precepto constitucional) el problema general consiste en que no podría - por pura lógica - ser sancionada una ley para obligar a los respectivos súbditos a que realicen cada una de las infinitas acciones que son necesarias para el desarrollo armónico de la vida comunitaria.

Por lo mismo, la palabra ley es usada en el art. 19, no en el sentido estricto del producto, particularizado para cada caso, del proceso instituido por la Constitución nacional en el Título primero: Gobierno Federal. Sección primera: Del Poder Legislativo. Capítulo quinto: De la formación y sanción de las leyes.

De todas maneras, aunque no puede existir una ley del detalle, debe haber una que abarque la generalidad de los supuestos de hecho -en el ámbito de las relaciones interpersonales de que se trate, de tiempo, lugar y modo- que conmine a ejecutar una acción⁸.

Y el intérprete, el juez en su caso, debe expedirse acerca de cuál es la ley que ha encontrado aplicable a la realidad fáctica que está analizando.

Como paradigma de la tarea de subsumir la legislación ordinaria al art. 19 C.N. está la exigencia de hacer, contemplada en distintos preceptos del Código Civil: Según el art. 945: “Los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe”. La nota remite a Savigny, Droit Romain y la norma ha sido objeto de interpretación por parte de la doctrina⁹. Y, aunque Vélez Sarsfield le asigna a la palabra delito un sentido diferente en derecho civil del que tiene en el derecho criminal, como lo explica en la nota del art. 1072, lo cierto es que el art. 1073 establece: “El delito puede ser un hecho negativo o de omisión, o un hecho positivo”, para expresar luego la regla general, que vuelve a invocar la ley como única fuente del deber de obrar, en consonancia con el art. 19 C.N.: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido” (art. 1074). Con lo que nos genera la necesidad de retornar a la inteligencia de la palabra ley, que expuse en los párrafos precedentes: Para que el obrar sea exigible debe haber una fuente legal, general o especial, que lo imponga.

Esta interpretación se ajusta estrictamente a la letra del art. 19 C.N. Sin embargo, algunos escritores entienden de una manera más laxa lo que dicen esa norma y la contenida en el art. 1074 C.C. y acuden a argumentos que se asemejan a los que usan algunos penalistas alemanes para avalar la existencia de fuentes materiales del deber de garantizar. Así Llambías, cuando analiza - para refutarla

⁸Sobre esto escribió Carrara: “...el delito de pura inacción no puede concebirse más que en el caso en que otra persona tenga un derecho exigible a la acción omitida” (Carrara, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Edición facsimilar patrocinada por el ILANUD, San José de Costa Rica, 2000. parágrafo 13).

⁹V. Código Civil, Comentado y anotado, Santos Cifuentes, Director, Fernando A. Sagarna, Cordinador, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 672

- la tesis restringida solamente a la ley, dice: “Para la opinión de Machado y de Salvat, a la que ha agregado recientemente su apoyo Orgaz, el Código argentino ha mantenido la teoría tradicional romana según la cual nadie se compromete por no obrar. Para que surja la responsabilidad del sujeto inactivo es indispensable que esa pasividad sea ilegal, pues de lo contrario él no hace sino ejercer la libertad de no obrar, libertad que le garantiza la propia Constitución Nacional al asegurarle que no “será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19). Consecuentemente con esa tesitura individualista-liberal del ordenamiento constitucional, la disposición del art. 1074 eximiría de responsabilidad a quien se abstiene de obrar cuando la ley no le ha impuesto específicamente el deber de hacerlo”¹⁰.

No deja de ser llamativa la calificación “individualista-liberal”, con un dejo de rechazo, pues son las mismas palabras que emplearon los juristas alemanes nacional-socialistas, cuando se lanzaron a imaginar -para el uso penal- diversas fuentes materiales del deber de garantizar la indemnidad del bien, que reemplazarían el “individualista-liberal” apego a la ley sancionada por el Parlamento¹¹.

En definitiva, Llambías se opone a la tesitura individualista-liberal, diciendo que lo prohibido por la ley no es sólo lo explícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el Derecho. Según él, igualmente debe concluirse que hay necesidad legal de obrar, toda vez que la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato explícito del legislador de obrar, o por la imposición de una sanción al sujeto inactivo o por el abuso de libertad de abstenerse en que él incurra. Se apoya Llambías en la norma del art. 1109 C.C. diciendo que al sancionar los actos de culpa dañosa impone la necesidad de obrar cuando la actitud pasiva constituye una culpa por la omisión de diligencias exigidas por la naturaleza del acto y que corresponden a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (arg. art. 512), diligencias que de haberse practicado hubieran evitado el daño ocurrente.

Como puede observarse, Llambías menciona tres supuestos de los cuales se desprende la obligación de actuar y si bien él trata el asunto desde la óptica del Derecho Civil a mí me vienen bien sus reflexiones para fijar mi propio punto de vista en orden al Derecho Penal:

- Cuando la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato explícito de obrar, emitido por el legislador. No tengo objeciones que oponer, pues es justamente lo que dice el art. 19 C.N.
- Por la imposición de una sanción al sujeto inactivo. Tampoco aquí tengo reparos, siempre que esa consecuencia esté prevista por la ley.
- “Por el abuso de la libertad de abstenerse”. Este es el punto más conflictivo, que no puedo aceptar sin más.

En primer lugar, debido a mi inteligencia del concepto libertad, como ausencia de sujeción.

¹⁰Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, doctrina-jurisprudencia, tomo II-b, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 317.

¹¹V. Hoyer, Andreas, Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo, en Revista La Ley, N° 23, Madrid, enero 2009, pp. 41 ss.

Siendo así, no puede haber abuso de la libertad; lo que supone la posibilidad de restringirla y, si así se lo hiciese, ya no habría libertad.

En segundo lugar, porque si no hubiese ley que obligase a actuar (art. 19 C.N.) nadie podría imponer hacerlo, por más que estimase que quien permanece pasivo está ejerciendo su derecho en un sentido contrario a su finalidad propia y en perjuicio ajeno. Porque esa conclusión sería la de una persona (la del intérprete) y no expresaría la voluntad general, cristalizada en la ley.

En cuanto a la invocación del art. 1109 C.C. corresponde que exponga mi opinión:

Efectivamente esa norma equipara culpa con negligencia, lo que en el terreno penal no ocurre exactamente así, ya que la negligencia es sólo una de las maneras en que se manifiesta la inobservancia del deber de cuidado, siendo las otras - si se toma la enunciación más amplia, que es la que hace el art. 84 C.P. al incriminar el homicidio culposo- imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o de los deberes a cargo del autor.

De toda forma, la regla sobre la negligencia de la que habla el art. 1109 C.C. y la disposición sobre la negligencia a la que alude el art. 84 C.P. no obligan a hacer en el sentido en que se expresa el art. 19 C.N.

Dicho con otras palabras: No son normas imperativas. Por el contrario, son normas prohibitivas¹²: de no hacer algo, sin el cuidado que hay que poner en lo que se está haciendo.

Quiere decir, que el problema de encontrar en la ley la fuente del deber de garantizar la indemnidad del bien jurídico, y de ubicarse - por lo mismo - en posición de garante, no se puede resolver enteramente acudiendo al art. 1109 C.C.. A lo sumo esa norma - y sus homólogas del Código Penal, arts. 84, 94, etc.- exigen al intérprete un esfuerzo para encontrar la línea divisoria segura entre diligencia y negligencia, en el caso específico que se estuviese examinando.

También es cierto que, en un sentido amplio puede entenderse que la regla del art. 1109 es la manifestación especial (no dañar a otro por culpa o imprudencia, como lo decía la ley romana citada por Vélez Sarsfield en la nota a aquel artículo: *damnum culpa datum etiam ab eo nocere noluit*) de la norma general no dañar a otro: *neminem laede*. Y de allí dar el salto para superar la zanja -el vacío que supone la ausencia de una ley expresa- diciendo que el daño a terceros puede provenir también de la inactividad, por lo que está ordenada para no ocasionarlo.

Un ejercicio intelectual de este carácter lo hace Llambías, insistiendo en el concepto uso abusivo de la libertad y citando el art. 1071 C.C. que - no obstante - no se refiere a ella sino a “los derechos” y aclara, en su segundo párrafo que se considera uso abusivo de los derechos “al que contraría los fines que aquélla (la ley), tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Empero, no constituye un recurso válido remitirse a la buena fe y a la moral para avalar la inteligencia de que existe una genérica obligación de obrar, pues justamente el esfuerzo mayúsculo, que ha culminado con el texto del art. 19 C.N. consistió en distinguir lo que es obligación jurídica de

¹²Justamente el texto del art. 1109 C.C. empieza diciendo: “El que ejecuta un hecho...”

obligación moral. Además, hablar de “buenas costumbres” en este tema, aparte de constituir una idea imprecisa, trae amargas reminiscencias de todas las épocas en que se la usa para dividir a los grupos humanos entre quienes las tienen buenas y quienes las tienen malas, con la finalidad de que los primeros merezcan estar en la categoría de ciudadanos y los segundos sean ubicados en la de los hostiles (de hostilis: enemigos).

En suma: Puedo resumir mi pensamiento sobre la ley como fuente del deber de garantizar la indemnidad del bien jurídico ajeno mediante una actuación positiva, diciendo que debe existir - y ser citada por el intérprete - la norma específica que sea aplicable al caso bajo examen, de manera tal que sea exigible no incurrir en omisión¹³.

Por otro lado es cierto que parte de la doctrina contemporánea, ante la alternativa de exigir una exhaustiva o inclinarse por una exigencia mínima de regulación, opta por lo segundo interpretando “las necesidades del derecho penal moderno”¹⁴. Cree que esto “permite que el derecho posea una capacidad de actualización que, al mismo tiempo, lo libere del dogma ley sobre el que se estructuró el positivismo jurídico otrora. Por lo anterior, en el ámbito del derecho positivo se debe tomar como punto de partida aquello que está en movimiento y no lo que es estático; esto es, deja claro el papel importante que reclamamos para la jurisprudencia, pues también debe haber un espacio para la formación progresiva del derecho en el que el aplicador de la norma disponga de libertad al momento de concretizar las reglas generales dadas en las codificaciones”¹⁵.

No coincido con la concepción que he resumido en la cita precedente. Ello porque rechaza atenerse a lo que la ley establece, entendiendo -por el contrario- que el deber de garante adquiere su legitimación directamente en la sociedad y no en los preceptos que el ordenamiento jurídico consagra especialmente, los que, como dice Perdomo Torres citando a Jakobs “nunca pueden cumplir una función de constitución de deberes en el campo del derecho penal”¹⁶.

VI. Fuentes Materiales.

Por el mismo sendero, que esquiva la urgencia de que una norma jurídica imponga la obligación, cuyo incumplimiento acarreará pena, son identificadas por la doctrina otras vertientes¹⁷.

¹³Esto es lo que resulta también formulado en las legislaciones más modernas: así el nuevo Código Penal colombiano, no obstante haber introducido la cláusula que establece: “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”, declara que solamente quedará sujeto a pena “quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo” (art. 25), cuando establece cuáles son las normas rectoras de la ley penal, declara: “En los tipos de omisión el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución política o en la ley”.

¹⁴Perdomo Torres, Jorge Fernando, El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001, p. 19.

¹⁵Idem, p. 20)

¹⁶Ibidem, p. 36.

¹⁷Según Bottke el trabajo de haber iniciado la búsqueda de un fundamento material del deber de garante corresponde fundamentalmente a Armin Kaufmann en Die Dogmatik der Unterlassungdelikte (Bottke, Wilfried, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 142, nota 41). Sin embargo, parece evidente que Kaufmann solamente sistematizó esas ideas, cuya exposición por diversos autores fue muy anterior a la fecha de la publicación del citado trabajo.

Debido a cómo permanecen, y se extienden a tiempos y a lugares distantes algunas ideas, es de interés reproducir la glosa que hace Gómez Aller¹⁸ de Die Problematik der Begehung durch Unterlassung (GS nº 111, 1938) “Nagler no precisa introducir grandes variaciones para solucionar el problema de la ‘desformalización’, sino tan sólo adaptar las teorías formales al Derecho alemán del momento. En el ordenamiento del llamado III Reich, el concepto de deber jurídico y las fuentes del Derecho eran diferentes. Más allá de la prohibición de analogía (en la nueva versión del par. 2 StGB) Nagler entiende que el ‘liberal’ e ‘individualista’ principio de legalidad (Gesetzmässigkeit) ha sido sustituido por la juridicidad (Rechtmässigkeit) nazi: por ello, y de modo similar a las propuestas de Schaffstein y Dahm, las viejas menciones del Tribunal Supremo Imperial a la necesidad de un deber jurídico y no meramente moral son interpretadas por Nagler como una exclusión de la fundamentación en deberes éticos procedentes de sistemas distintos a la sociedad nacional socialista (religión, moral individual, etc.). Para el jurista nacionalsocialista, Derecho y ‘moral del pueblo ario’ (ética social) forman una unidad, por lo que una vez eliminada la necesidad de un precepto positivo, se atenúa notoriamente el citado problema; con que un tribunal declare que una conducta es ético-socialmente debida, ya cabe hablar de un deber jurídico integrante del ordenamiento nacionalsocialista”.

Volviendo a nuestra época, por mi parte advierto sobre el error, peligroso para el justiciable, en que incurren algunas concepciones doctrinarias contemporáneas, las que encuentran las fuentes del deber de obrar en preceptos jurídicos tan amplios como difusos, dando lugar a una enorme variedad de opiniones¹⁹.

Así se dice que es contrario a la idea de equidad social el utilizar espacios de libertad en propio beneficio sin precaver al mismo tiempo, en contra del mandato *neminem laede*²⁰.

Esto me obliga a volver sobre el análisis que había efectuado precedentemente: Trasladando la idea del *neminem laede* al ordenamiento positivo argentino, ella estaría recogida en el primer párrafo del art. 1109 C.C. “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

Estos delitos del Derecho civil son los actos ilícitos a los que se refiere el art. 1066 del mismo cuerpo legal, que se distinguen de los delitos del Derecho penal, entre otras cosas, porque los primeros son conceptos abiertos, que comprenden cualquier infracción a una norma legal, en tanto que los segundos requieren de una tipificación expresa²¹.

La doctrina penal que antes he mencionado -según la cual es contrario a la idea de equidad

¹⁸Gómez Aller, Jacobo Dopico, Omisión e injerencia en Derecho Penal, tirant lo blanch, Valencia, 2006

¹⁹Bottke señala la abundancia de puntos de vistas ofrecidos en el mercado de las opiniones como fundamento de la posición de garante (Bottke, Wilfried, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 134).

²⁰Jescheck también invoca el principio, diciendo que el deber del garante por el hecho peligroso previo responde a la prohibición de dañar a otro (*neminem laede*), agregando que se requiere la proximidad del peligro (Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho penal. Parte general, 4a. edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 568).

²¹Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, t. II-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 263.

social el utilizar espacios de libertad en propio beneficio sin precaver al mismo tiempo la posibilidad de dañar a otro- prescinde de la diferencia entre ambas ramas del Derecho y transforma en la práctica el incumplimiento de una obligación civil - no dañar - en un delito penal; sin que exista otra disposición legal más precisa, que atrape el suceso y le asigne pena al protagonista; ello dicho sin perjuicio de otros desarrollos teóricos y legislativos, de los que no me puedo ocupar en este momento para no apartarme del tema central.

En el fondo de ese designio existe una meta jurídico-política, pues un tipo de la Parte Especial, concebido para prohibir una conducta activa, no puede nunca, como dice Gómez Aller, abarcar la comisión omisiva. Por ello, lo que la teoría de la comisión por omisión busca es trasladar al ordenamiento jurídico una pretensión político-criminal que no ha sido contemplada por el legislador: aplicar idéntica pena a conductas igualmente desvaloradas que otras expresamente previstas como delito²².

Atendiendo a las dificultades que se advierten, otro sector de la doctrina aparece expresando sus dudas en cuanto a la posibilidad de encontrarle un fundamento jurídico al deber de garantizar que el resultado no se produzca. Y por ello acude al sentimiento; yo diría a la intuición, entendida como la percepción íntima e instantánea de una verdad - en este caso referida a las fuentes del deber de obrar - que aparece como evidente a quien la tiene. Así, esa doctrina realiza una selección de las posiciones de garante “indubitadas”, es decir, aquellas ante las cuales el intérprete siente, intuye, que hay un desvalor incomparablemente mayor que el de la omisión de un no garante y luego detecta grandes grupos de casos que se pueden usar como paradigmas: omisiones en el ámbito doméstico, en el empresarial, omisiones relativas a fuentes de peligro móviles (animales, automóviles) supuestos de omisión tras el encierro de otra persona y los casos de entrega de armas seguidos de la omisión de impedir su empleo por otra persona y los casos (para mí tan discutibles) de complicidad omisiva en perjurio. A los demás, se los aprecia como equiparables.

Con parecida desesperanza, se expresan otros publicistas, diciendo que le corresponde al juez encontrar el origen de la obligación, porque la ley penal no puede ofrecer satisfactoriamente al menos un catálogo completo de posiciones de garante por la propia naturaleza de las cosas.

Por último, la desconfianza aparece cuando se dice que tiene que existir una absoluta dependencia del bien respecto de la persona que podría salvarlo; de lo contrario, en caso de duda, debe negarse la existencia del deber de garantizar su indemnidad²³.

Incertidumbre semejante acerca de la posibilidad de encontrar una fuente certera de la posición de garante aparece cuando se expresa que la solución de la problemática de la equivalencia no se encuentra si se compara un comportamiento activo con otro omisivo, sino que la base de la comparación sólo se obtiene de la observación de la omisión objeto de valoración con otra omisión cuya valoración consta. Se deben observar casos básicos en los que la equivalencia con la comisión se encuentren fuera de duda y que le sirven a quien aplica el derecho como punto de orientación en la toma de decisión. Aquellos sucesos en que, según la opinión general, existe una posición de garante de manera que no se necesite hacer la pregunta del por qué: la madre, el profesor de natación que deja ahogar a su alumno, la liberación de un encerrado...²⁴

²²Gómez Aller, ob. cit., p. 208.

²³Lucero Offredi, Guillermo A., El tipo doloso de omisión, en Carlos J. Lascano (h) Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 295 ss.

²⁴Perdomo Torres, ob. cit. p. 47.

Por mi parte no necesito avisar al lector acerca de la pobreza de una postura jurídica que sólo acude a la “opinión general” para saber cuáles son los supuestos que no dejan lugar a duda y luego utilizarlos como parámetro que permita resolver los demás casos.

Parecidas objeciones cabe hacerle a quien se remita al merecimiento de pena según el clima social en general, preponderante, ideológico y político, del cual depende la importancia de los tópicos materiales de que se dispone para la solución del problema; es decir, los momentos objetivos de valoración.

Todas estas imprecisiones, llevadas a las decisiones judiciales que encuentren garantes, constituyen una manera de crear Derecho libremente. Y, por supuesto, transitando ese sendero se amplía -sin que existan normas que lo habiliten- simultáneamente al concepto autor la idea partícipe.

Aludiré seguidamente a una serie de consideraciones que tienen en común el razonar prescindiendo de citar alguna norma legal expresa o, al menos, algún principio jurídicamente fundado. Por eso las llamo sociológicas, ya que a partir del análisis grupal llegan a inferir que la cohesión del grupo y la defensa de los bienes - individuales o colectivos - que interesa conservar, hacen necesario imponer²⁵ pena al sujeto que no adopta una actitud positiva ante una situación de emergencia que la requiere.

Este último apunte: “situación” es importante, pues todos estos aportes sociológicos hacen derivar la necesidad de garantizar la indemnidad del bien de datos de la realidad fáctica; es decir, de lo opuesto a una creación puramente teórica.

a. Cercanía Social o Existencial.

El primer concepto - cercanía social - es más amplio que el segundo, aunque igualmente difuso, pues ambos aluden a una distancia que no es posible precisar en abstracto, ya que será menor o mayor según la potencia de que el riesgo generado se transforme en daño que afecte a uno, a varios, a una comunidad viviente en un espacio geográfico determinado o, finalmente, más allá de sus límites. Por supuesto, que en esta última hipótesis sólo se podría hablar de cercanía en un sentido metafórico, ya que la separación entre quien está obligado y la víctima no sería poca o estrecha. Por lo menos en el orden geográfico: otra cosa es la proximidad social²⁶.

Esta carencia de precisión - al ser trasladada la idea al terreno jurídico por parte de la doctrina que se apoya en ella - constituye un defecto propio del uso de la Sociología para fines distintos a los que constituyen el objeto de esa disciplina.

²⁵Estuve a punto de utilizar el verbo amenazar en lugar de imponer, pero caí en la cuenta de que en estos casos no funciona el mecanismo de la intimidación general, porque no hay norma en la que el sujeto se pueda inspirar para ajustar su conducta. Esta observación confirma las objeciones que merece el instituto de la omisión impropia, pues el principio de legalidad (que aquí no existe estrictamente) desempeña entre sus otras funciones una labor didáctica, que con esta manera de punir no se puede manifestar.

²⁶La llamada Teoría funcional de las fuentes se refiere a ellas entendiendo que son las situaciones en las cuales se produce la necesidad de proteger o de vigilar en grado extremo todo aquello que genera un peligro, de manera tal que se produce una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico a resguardar.

Con el empleo de argumentos de ese jaez la afirmación puede ser tan variada como se le ocurra a quien realice la interpretación: Así podría decir que tiene el deber de garantizar que continúe con vida el anciano valetudinario (alimentándolo y suministrándole los medicamentos que tiene que recibir diariamente) quien ha sido contratado para que realice esa tarea -con lo cual se manifestaría una real cercanía existencial- como también que tiene esa obligación el vecino quien, conociendo la situación, advierte desde su ventana que el encargado de tal tarea sale cargando sus maletas para emprender un viaje y deja sólo al desvalido generando el consiguiente riesgo de muerte.

En este último supuesto se podrá hablar de cercanía en metros, pero no dependiendo del tipo de relación (si la hubiese) existencial. Sin embargo, a algún intérprete se le ocurriría invocar la cercanía social, para avalar la idea de que concurriría algún compromiso, que también pondría a cargo del vecino la defensa de la vida del anciano. Así podría decir, como lo haría un sector de la doctrina (corriente que no comparto) que quien vio a través de su ventana el alejamiento del cuidador, será responsable por la muerte y, consiguientemente autor del delito de homicidio en comisión por omisión, por haber defraudado las expectativas que son inherentes al rol que debe desempeñar un buen vecino...

Como se puede colegir fácilmente, si se siguiese ese camino resultaría imposible distinguir entre deberes jurídicos y deberes morales.

b. Defraudación de Confianza o Desatención de Expectativas Recíprocas.

Lo mismo ocurre si se acude a la idea defraudación de confianza o desatención de expectativas recíprocas: Si dos montañistas salen de excursión y uno cae en la profundidad de una grieta del terreno, constituye un deber jurídico del otro (art. 108 C.P.) el de prestarle el auxilio que esté a su alcance; pero no será garante de su vida y en ese caso no podrá considerársele autor de un homicidio en comisión por omisión, por más que la circunstancia de haber emprendido juntos la ascensión haya generado para cada uno la confianza - y consiguiente expectativa²⁷ - de que la presencia del otro contribuirá a regresar indemne al punto de partida.

Sin embargo, la afirmación que acabamos de hacer podría ser contradicha con el Código Penal colombiano en la mano pues, cuando resuelve cuáles son las situaciones constitutivas de posiciones de garantía (art. 25), sanciona: “3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas”.

Si un magistrado colombiano, con relación a un hecho como el que hemos planteado, castigase - sin más - al sobreviviente como autor de homicidio en comisión por omisión, habría interpretado la norma del art. 25.3 como constitutiva de una tercera posibilidad de imputación: autor de homicidio por posición de garante junto a la de autor de homicidio por dolo y autor de homicidio por culpa.

Parece evidente que una decisión, dictada prescindiendo de la determinación del elemento subjetivo, dolo o culpa, instauraría una responsabilidad puramente objetiva, arrasando con el esfuerzo de más de dos centurias por erradicarla del Derecho Penal de los países con tradición jurídica de origen continental europeo.

²⁷Opina Silva Sánchez, generalizando, que es la expectativa lo que permite hablar de omisión (Silva Sánchez, Jesús María, El delito de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1986, p. 11).

c. Creación o Incremento de Peligro.

Constituye un recurso consolidado en parte de la doctrina contemporánea acudir al concepto riesgo para dirigir la imputación - como autor o como partícipe - a quien lo ha generado o lo ha incrementado más allá de la frontera de lo que es socialmente aceptable.

En la materia que me está ocupando, esa doctrina trata de encontrar allí una de las fuentes de la obligación de garantizar la indemnidad del bien jurídico: quien ha creado o incrementado el peligro más allá de lo permitido, tiene el deber de hacer lo necesario para contrarrestar sus efectos, bajo amenaza de ser castigado si el bien sufre desmedro.

Pese a mis objeciones, matices que introduzco e intentos de reducir los alcances de la imputación por comisión en omisión y, por ende la idea garante, hay que reconocer que esta tesis tiene sobre la anterior la ventaja de que, por lo menos, parte del análisis de un comportamiento activo precedente (la creación o el incremento del peligro); no de la mera dejadez.

La explicación de por qué quien así procede se coloca en el puesto de garante, está dada en que en esos casos, al generarse una situación de peligro, entre ambos (quien crea el riesgo y quien sufrirá, eventualmente, las consecuencias) se establece un vínculo que antes no existía; por lo menos no con la misma intensidad. En esta situación, el primero tiene que obrar positivamente para extinguir el peligro (o para reducirlo hasta llevarlo otra vez al nivel de lo tolerable) y el otro (quien de ello depende), abriga la esperanza de que así ocurrirá salvándose finalmente.

Según Silva Sánchez, la clave de la explicación de que esto es así radica en que, quien crea el riesgo se constituye en conductor de la situación: El garante se convierte de este modo en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado; en centro decisorio del mismo. Siempre conforme a la opinión de Silva, aquí se halla la base de la identidad del hecho con la comisión activa y el fundamento jurídico de la responsabilidad del sujeto. “En definitiva podría decirse que la esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico”²⁸.

La necesidad de que concurra una conducta activa precedente (lo que en cierta forma anuda esta argumentación a la tesis de la injerencia) salva la objeción que se le puede formular, en general, a la corriente doctrinaria llamada “funcionalismo sistémico”, en algunas versiones que sólo tienen en cuenta la inserción del individuo en un determinado rol²⁹, entendido como un haz de expectativas que por esa razón se ponen en su desempeño. Con lo cual en los delitos de omisión impropia, cabe penar (siempre conforme a ese punto de vista) la no evitación de un resultado por el simple hecho de ser, quien omite, portador de un rol del que se desprende la expectativa de un comportamiento distinto, que hubiese mantenido indemne el bien.

No comparto una argumentación semejante. En primer lugar porque resulta imposible concretar jurídicamente una colección de roles y qué obligaciones le incumbiría a cada uno de los

²⁸Silva Sánchez, Jesús María, La responsabilidad penal del médico por omisión en Avances de la Medicina y Derecho Penal, Edición de Santiago Mir Puig, Publicaciones del Instituto de Criminología, PPU, Barcelona, 1988, p. 123)

²⁹Apunta Perdomo la influencia de las ideas de Bärwinkel, quien determina y fundamenta las posiciones de garante con la llamada „teoría sociológica de los roles” (Perdomo Torres, Jorge Fernando, El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1001, p. 29.

protagonistas (a la manera de los actores teatrales de la Edad Media, como que de la forma de leer el parlamento, que llevaban en un papel enrollado, viene el sustantivo rol) y en segundo lugar porque tampoco es posible extraer - siguiendo ese derrotero - un concepto de autoría que tenga base en lo que dice la ley.

d. El Actuar Precedente. Injerencia.

Como recordase al comienzo ya Feuerbach había agregado la idea de que la posición de garante se genera por la conducta activa precedente a la omisión. Muchos años después la doctrina sigue utilizando este criterio, con otra terminología. Así Roxin sostiene que el actuar precedente es el presupuesto decisivo para fundamentar la existencia de una posición de garante, puesto que solamente aquél a quien se puede imputar el peligro creado conforme a criterios jurídicos tiene la responsabilidad y, por lo mismo, el deber de evitar la transformación del peligro en una lesión³⁰.

Roxin³¹ actualiza la idea de posición de garante por injerencia, fijándole los límites conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, de manera tal que la imputación objetiva del actuar precedente es el presupuesto decisivo para una posición de garante, puesto que sólo a quien se le puede imputar, conforme a criterios jurídicos, el peligro creado, tiene el deber de evitar la transformación en lesión. Se trataría de una posición de garante por control³².

En lo anterior hay una aproximación a las ideas, según las cuales toda persona está obligada a evitar lesiones de bienes jurídicos, cuando su conducta previa haya provocado el peligro de producción de ese resultado. Toda persona está llamada a actuar como garante y proteger aquellos bienes jurídicos que resulten amenazados por una fuente de peligro abierta por ella misma. La injerencia no puede obligar a la protección de determinados bienes jurídicos frente a toda clase de peligros y la posición de garante sólo puede ser reconocida respecto de aquellas lesiones de bienes jurídicos que representen la realización del peligro creado por la acción previa. Se exige como presupuesto de punibilidad una lesión de un bien jurídico objetivamente imputable a la posición de protección o de evitación del peligro³³.

e. La Asunción de una Función de Protección y el Deber de Control de Fuentes de Peligro.

De todas maneras, luego de la afirmación que precedentemente he glosado, Roxin deja constancia de que la opinión dominante de la ciencia penal actual ha ido abandonando no solamente la derivación causal de deberes de garante, sino también la teoría formal del deber jurídico, para pasar a afirmar la existencia de dos grandes grupos de posiciones de garante: la asunción de una función de protección y el deber de control de fuentes de peligro.

³⁰Roxin, Claus, Injerencia e imputación objetiva, en Revista Penal, La Ley, Madrid, N^o 19, enero 2007, pp. 152 ss.

³¹Loc. cit.

³²Estas ideas son recogidas y reciben sanción legislativa en el Código Penal colombiano el que, cuando establece cuáles son las situaciones constitutivas de posición de garantía (art. 25), reza: "4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente".

³³Es lo que recoge el Código Penal colombiano cuando en el art. 25, al establecer cuáles son las situaciones constitutivas de posiciones de garantía, sanciona: "1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio".

A mi juicio, la introducción de estas nuevas categorías no soluciona las dificultades que, desde siempre, se han manifestado, sino que aparecen, bajo otros parámetros teóricos, nuevos problemas.

En el trabajo citado, para ilustrar acerca de cómo se forman los grupos dice Roxin: El primer caso se presenta, por ejemplo, en la relación de los padres con sus hijos o de los médicos con sus pacientes. Es propio de cada relación de protección el deber de apartar peligros para los protegidos. El segundo caso se basa en el razonamiento según el cual la creación de riesgos trae consigo el deber de evitar consecuencias dañosas que de ella podrían derivarse. Pues, de otro modo, el Estado no podría cumplir con su tarea fundamental de brindar seguridad a los ciudadanos. Así, por ejemplo, quien administra una fábrica química tiene que prever que la población no sea dañada mediante explosiones o gases venenosos. Si él omite tomar las medidas de seguridad necesarias tendrá que responder por las consecuencias producidas.

A ello cabe hacerle varias observaciones:

En primer lugar cabe objetar que a la luz de esos únicos argumentos no es posible diferenciar la responsabilidad civil de la penal.

Luego, que no es verdad que de la relación de los padres con sus hijos o de los médicos con sus pacientes se derive siempre responsabilidad penal para los primeros por omisión respecto de los daños que sufran los segundos.

Finalmente, tampoco es cierto que, en todos los casos, quien administra una fábrica química podrá ser encontrado autor de delitos que tengan su origen en el funcionamiento de esa planta.

Roxin se declara conforme con las soluciones que el sector de la doctrina penal, del que forma parte, propone pues - dice - pueden explicar plausiblemente el caso de la injerencia, a saber: como forma de expresión de la posición de garante por control. Quien genera un peligro -dice Roxin- es responsable de todas las consecuencias.

Sin embargo, leyendo sus palabras, queda la incertidumbre pues no explica a qué título adjudicaría Roxin esa responsabilidad; es decir, qué cuál sería la adecuación típica³⁴.

En lo que no puedo menos que coincidir con el profesor alemán, es que es útil utilizar en la materia diversos criterios provenientes de la moderna teoría de la imputación objetiva. En ese sentido diré que no hay posición de garante:

- Si la acción precedente no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante para la víctima;

³⁴Advierto que todo conduce a la imputación independientemente de la subjetividad. No por nada hay quien señala que parte de la doctrina contemporánea identifica imputación con posición de garante (v. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1995, p. 47 nota 47 glosando a Luhmann). En la misma obra Sánchez-Vera crítica la aplicación no cuidadosa de las ideas “riesgo”, “foco de peligro” y “posición de garante”(p. 14).

- Si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido;
- Si falta una relación entre la acción precedente y el resultado que se vaya a producir;
- Si las consecuencias del riesgo generado por la acción previa se inscriben, únicamente, en el ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico; por ejemplo, en algunos casos de consentimiento.

Lo que sí resulta digno de analizarse cuidadosamente es la afirmación de Roxin según la cual hay posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad o, agrego yo, por la legítima defensa. La hipótesis de hecho sería: A, que está a punto de ser muerto por el ataque de B se defiende y deja a su agresor malherido. Según la tesis de Roxin, si no lo auxiliase y B muriese, A sería responsable del homicidio en comisión por omisión.

Si bien Roxin no lo dice explícitamente, siguiendo la línea de su pensamiento el homicidio sería doloso y, aplicando las reglas del Código Penal argentino, ante la falta de posibilidades -para B- de afrontar el riesgo, se trataría de un homicidio calificado (art. 80.2. C.P.) acarreado como pena la reclusión o la prisión perpetuas (art. 80, primer párrafo C.P.).

Con lo cual se produciría la paradoja de que A no sería punible por el delito de lesiones a B (art. 34.6 C.P.) y sí por el homicidio calificado, en comisión por omisión, debido a que con su actuar precedente - lo que ha hecho para defenderse - lo habría colocado en posición de garante de la vida del agresor.

Tal consecuencia es para mí inadmisibles, pues si bien puede entenderse que no obstante que el curso del suceso se inició con la agresión, aún subsiste deber de solidaridad para A en favor de B. Jurídicamente tal deber tendría un reflejo semejante al que impone el art. 108 C.P. -no omitir un auxilio- pero no podría trasponer las barreras que marca el art. 106 C.P. - abandono de personas- pues el defensor no tiene el deber de mantener o cuidar a su agresor; y menos cumpliría los requisitos del delito de homicidio, en cualquiera de sus formas.

Incluso, al regular los casos de legítima defensa privilegiada, el último párrafo del art. 34.6 C.P. declara impune al que se encontrase en las circunstancias que el precepto marca “cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”. Con mayor razón esta solución debe ser también la que corresponde a los casos en que concurre la legítima defensa propiamente dicha.

Gimbernát Ordeig encuentra la razón de ser de la obligación de garantizar, en que el mantener bajo control una fuente de peligro. Habla de los supuestos de intervención imprudente en una

autopuesta en peligro en la que el partícipe añade a esta cualidad la de ser garante como sucede - según el ejemplo que proporciona - en los casos de accidentes de trabajo, respecto del encargado de la seguridad laboral, quien debe responder, siempre según Gimbernat, por los daños que se autocausa la víctima; no porque aquél sea partícipe, sino porque, además, es garante³⁵.

Disiento con esta opinión, por lo menos con ese alcance no suficientemente acotado, ya que es posible que deba responder por los daños, que estará - en su caso y si es aplicable el art. 1113 C.C. - obligado a indemnizar; pero ésta es una consecuencia sustancialmente distinta a la imputación a título penal.

Con carácter general sostengo: Si toda creación de peligro constituye a quien lo hace en garante, penalmente responsable, de los daños que deriven de ello, no habría posibilidad de eximir a nadie, porque prácticamente toda actividad humana entraña riesgo y muchas veces ese riesgo se traduce en resultado.

Incluso, y desde otro punto de vista, se debe agregar a las consideraciones que anteriormente he formulado, la dificultad de distinguir ex ante el riesgo permitido del prohibido, como criterio - este último - que constituye el dato inicial para la posibilidad de imputar objetivamente el resultado. Además por lo general es el riesgo permitido el que origina situaciones conflictivas; no el prohibido, ya que éste puede suponer - en algunos casos - ya el comienzo de ejecución de un delito, si es que el autor ha entrado ya en esa zona vedada para cometer uno específico. Pero aún cuando no fuese así, debo advertir otra vez acerca del uso excesivo, y por ende erróneo, que hace alguna doctrina de estas ideas. En ese sentido, Núñez Paz dice que si se excede el límite de lo permitido, nos encontraremos con un delito de omisión impropia siendo, según sus ideas, dicha omisión equivalente a la acción prohibida³⁶. Para mí esto representa una simplificación inadmisibles.

a. La Estrecha Relación con el Bien Jurídico y la Comunidad de Vida o de Peligro.

En una línea semejante a la que antes he aludido un sector de la doctrina se esfuerza por encontrar la razón de que a alguien se lo señale como garante de que un bien no sufra daños en que puede existir una relación estrecha, entre aquel y la víctima³⁷.

Ya antes he advertido párrafos sobre la imprecisión del calificativo, pues si bien estrecho alude a una distancia corta, no es posible medirla, siquiera dar una pauta; es sólo una metáfora. Y aunque se agreguen -para definir mejor la idea, las características “comunidad de vida o de peligro”³⁸- no se obtiene con ello una concreción sólida, pues si bien lo primero alude a lo que no pertenece, privativamente, a ninguno, sino que se extiende a varios, con esa expresión puede llegar a sostenerse que en algunos casos es garante de la integridad física del concubino el otro integrante de la pareja y también - en ciertas hipótesis - a quien sólo tiene en común con la víctima el hecho de vivir en una misma vivienda colectiva³⁹.

³⁵Gimbernat Ordeig, Enrique, -Imputación objetiva y conducta de la víctima, Ubijus, México D.F., 2006, p. 92.

³⁶Núñez Paz, Miguel Angel, Omisión impropia y Derecho penal (Acerca del artículo 11 del Código penal español), en Revista Penal, La Ley, Madrid, N^o 20, julio 2007, pp. 141 ss.

³⁷Así lo establece el Código penal colombiano, cuando entre las situaciones constitutivas de posiciones de garantía, sanciona “2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas”.

³⁸V. Bacigalupo, Enrique, Delitos impropios de omisión, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 106.

³⁹Hay doctrinarios que dan ejemplos acerca de lo que entienden por comunidad de vida, y así Torío López habla de relaciones domésticas, amorosas, etc. pero no se extienden más allá de la simple mención y además reconoce que, por lo general, no hay un vínculo jurídico previo (Torío López, Angel, Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión, en Madrid, sepbre-dicbre, 1984, p. 693 y ss. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, p. 704).

b. La Posición de Garante en Virtud de Incumbencia por Organización y Responsabilidad en Virtud de Incumbencia Institucional.

Jakobs sostiene que la distinción materialmente más significativa no es la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad entre aquella que tiene como fuente la incumbencia por organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional,⁴⁰ con lo cual no solamente agrupa de una manera acorde con su concepción, las distintas fuentes de la posición de garante, sino que produce un efecto superlativo en la doctrina - propia y de sus seguidores - pues aparece dejando de lado la bifurcación de los hechos punibles en dolosos y culposos para unificarlos bajo la idea de que se trata de riesgos desaprobados por infracciones al deber de garantía. Así aparece la posición de garante como fundamento de toda imputación, tanto por conductas activas como omisivas. La causación activa y la omisiva son resumidas en el criterio superior de no evitación evitable⁴¹.

Esto es la consecuencia de la formulación de un concepto negativo de acción, de acuerdo con el cual la acción no sería sino la evitable omisión de evitar en posición de garante. Lo decisivo sería el deber de garante y la evitabilidad. Significa que también el autor activo debe ser contemplado como garante, porque es indiferente producir un daño o no impedirlo, lo importante es si el autor tenía el deber de evitarlo y si ello era posible. Con tales premisas quienes las sostienen piensan que el concepto básico de la teoría del delito debe ser la omisión.

Desde el punto de vista de la definición de la acción como comportamiento evitable es indiferente si el sujeto podía evitar causar activamente la muerte de otro (es decir, podía omitir lo que hizo) o si hubiera podido actuar para evitar la muerte. En ambos casos lo decisivo es la evitabilidad del suceso⁴².

⁴⁰Jakobs, Günter, Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁴¹Zaffaroni, Alagia y Slokar coinciden en que la actual posición sistémica identifica acción y omisión en el deber de asegurar o evitar que de la organización de una persona no derive un riesgo prohibido (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 543).

⁴²V. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1995, p. 20, nota 8: “El que organiza, el que hace uso de su libertad, se compromete (en cursiva en el original) a que de su organización, de su ámbito, no se deriven peligros, y en verdad siendo igual que estos deban ser atajados activa u omisivamente (en caso contrario, la solución es bien sencilla: no organizar). Cita este ejemplo: “Cuando el agua llegue a un determinado nivel, la labor del encargado de una presa puede consistir en abrir las compuertas de desagüe, siempre y cuando no se halle nadie en las cercanías de dichas válvulas de escape. Si el encargado de la presa realiza la apertura contra la prohibición, es un delito de comisión. Pero el supuesto se pueda reformular de modo que, en lugar de una prohibición, se trate de un ‘mandato’ equivalente: la apertura de las compuertas se produce automáticamente de forma tal, que el ‘mandato’ consista en desconectar el mecanismo en caso de que se encuentre alguien en las cercanías. Si el encargado no cumple el mandato y no oprime el botón que evita la apertura automática, se trata de un delito de omisión. Que el encargado en el primer supuesto apriete el botón de apertura, o en el segundo no apriete el botón de desconexión, no juega ningún papel en la valoración jurídica del suceso. Esta diferencia de comportamiento, en el primer caso mediante el quebrantamiento, mediante una acción, de la prohibición de organizar riesgosamente, en el segundo el mismo quebrantamiento pero mediante una omisión –la de desconectar- es jurídicamente irrelevante, sencillamente se rige según el causal *statuo quo* de la organización”.

h. La Posición de Garante Fundada en la Ponderación de Intereses.

Enrolada en la misma corriente, que podríamos identificar como una especie de normativismo con base sociológica, Frisch sostiene que el auténtico fundamento de la posición de garante estriba en la ponderación de intereses. Dicha ponderación pretende responder a la pregunta acerca de quién es especialmente competente, de acuerdo con los principios de distribución adecuada de libertades y de cargas⁴³ para evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para bienes jurídicos de terceros. Según el mismo autor, el caso más simple de dicha responsabilidad especial es el de la competencia atribuida para excluir los peligros que pudieran derivarse de la propia actuación: quien ejerce la libertad de configurar su conducta de forma autónoma y excluyendo la intromisión de terceras personas debe, a cambio, preocuparse de que su acción no implique peligros. Siempre según Frisch esta no es sólo la solución más simple y oportuna desde el punto de vista de los bienes jurídicos (pues el sujeto actuante es quien mejor puede conocer y suavizar el potencial peligro inherente a su acción), sino que, sobre todo, se trata de la distribución de cargas más adecuada y justa. No se pueden ejercer las libertades (y las ventajas que resultan de las mismas) y esperar que sean los terceros quienes se preocupen de reducir las posibles dificultades que dicho ejercicio de libertades pueda causar⁴⁴.

Yo creo que detrás de muchas de estas formas de concebir la razón por la cual se pretende imputar a alguien, diciendo que se halla en posición de garante, aparecen concepciones del Derecho no liberales. En ese sentido, no es extraño que haya un apego a las ideas de Hegel según las cuales en la medida en que el Estado es espíritu objetivo, el individuo posee sólo objetividad, verdad y eticidad como miembro del Estado mismo y a él se debe: estando obligado a responder por todo lo que posee, incluso sus hijos y sus animales domésticos. Cuando los que le pertenecen actúan, esto le compete, es una carga para él, ya que tiene la representación de aquello que se encuentra bajo su dirección, que es considerado una extensión de sí mismo. La idea es resumida por Perdomo diciendo que Hegel trata la responsabilidad como consecuencia del ejercicio de dominio sobre un ámbito de organización y como consecuencia de la lesión de un deber de atención o diligencia⁴⁵.

Llevando el pensamiento por ese sendero hasta el final del mismo, la responsabilidad se podría asignar prescindiendo de la culpabilidad. En otras palabras, esta línea de pensamiento lleva al terreno penal las argumentaciones civiles sobre el principio de liquidación: un proceso peligroso es admitido y esa permisión es compensada a través del deber de resarcimiento de daños: claro que - señalo yo - una cosa es solventar una deuda dineraria para cancelar la obligación nacida por la inercia del sujeto y otra muy distinta mandar a alguien a prisión invocando similares criterios.

⁴³Por mi parte entiendo que no es otra cosa que un desarrollo, con terminología moderna, del mandato *neminem laede*. Además la formulación es casi idéntica de la que usan los civilistas argentinos que en su momento cité. También repite estas ideas de carga-beneficio, Bottke, ob. cit., p. 145, quien dice que esto se plantea tanto en el Derecho Civil como en el Penal, pero no agrega nada acerca de por qué sería así..

⁴⁴Frisch, Wolfgang, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 99 ss.

⁴⁵Perdomo Torres, Jorge Fernando, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 2001, p. 107.

Para mí no sería ilógico suponer que las invocaciones del funcionalismo sistémico a la correcta organización pueden estar coincidiendo con el pensamiento de Hegel según el cual la armonía de las actuaciones individuales en el plano social sólo se puede alcanzar a través de un Estado poderoso⁴⁶.

II. Los Derechos Constitucionales.

A medida que fui glosando los distintos criterios doctrinarios emití juicios críticos, los que fueron esbozando mi propio razonamiento, que ahora resumo así:

Sería marchar en sentido contrario al de la evolución histórica del Derecho Penal desde la altura a que ha llegado actualmente, que asuma la actitud de plantear el rechazo absoluto al uso del instituto posición de garante. Lo que sí entiendo necesario es fijar su naturaleza y límites, para que no sea aplicado para extender la imputación en desmedro del principio de legalidad receptado por la Constitución nacional.

La idea garantía constituye el correlato de una obligación. En el orden jurídico-penal, y en el terreno que estoy considerando, significa que el titular de un bien (un individuo, una comunidad o el Estado) tiene derecho a exigir que alguien realice una actividad exterior efectiva destinada a que aquel interés jurídicamente protegido no se pierda o no sufra desmedro.

Lo que afirmo en el párrafo precedente: “tiene derecho”, ya advierte acerca de la primera línea demarcatoria a trazar, pues ilumina la posibilidad de que una sanción - en nuestro caso, la pena - siga al incumplimiento. Si en lugar de que el titular del bien tenga derecho y, por ende, exista la posibilidad de castigo al incumplidor, lo único que podrá hacer será lamentar la ausencia de un gesto solidario de parte de aquél, no habrá existido una auténtica obligación de actuar sino un requerimiento - sólo - humanitario.

En pocas palabras: Nunca puede formularse imputación penal por omitir si la conducta del sujeto consistió en dejar de aportar un auxilio al que no estaba jurídicamente obligado sino - en todo caso - compelido por la conciencia que, se supone, debe tener todo hombre de bien.

La fuente por antonomasia es la ley. Sin embargo, como resulta imposible que una ley formal resuelva lo que se debe hacer en cada hipótesis de hecho, se debe acudir al Derecho en general para darle sustento - jurídico - a la exigencia de una actuación positiva⁴⁷. En otras palabras: es preciso hallar, para cada situación a juzgar, la norma genérica (o específica, en su caso y si fuese posible que

⁴⁶Sauer, Guillermo, Derecho Penal. Parte general, Bosch, Barcelona, 1956, p. 148: “Nada hay que decir de la tentativa de solución del P. 1936: A causa de omisión es punible quien ‘según el sano sentimiento popular aparece como autor’ y solamente una transferencia es la medida de la ‘responsabilidad solidaria’ o la inserción en el tipo de autor...” En nota habla de “la amplia base conferida a los delitos de omisión por el Estado nazi...” menciona también la crítica a la dirección dominante (se está refiriendo siempre a la época nazi) de ver en la infracción de los deberes jurídicos la línea demarcatoria de la omisión, ensanchándose ésta, a costa del principio de la seguridad jurídica.

⁴⁷Cabe recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a la Constitución nacional en 1994, menciona la posibilidad de una condena por omisión y acude, ya no a la ley formal, sino a los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional (art. 15, 2º párrafo) con lo cual es dable interpretar que la expresión “ley” del art. 19 C.N. se extiende a todas las fuentes del Derecho; no sólo a la ley formal, sancionada por el Congreso. Esto da pie a sostener que la posición de garante puede surgir tanto de la fuente formal (la ley) como de fuentes materiales reconocidas por el Derecho en su conjunto, incluso por sus principios generales. Similar extensión: de “ley” a “Derecho” se produce con motivo de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que a él remite (art. 9).

se encuentre formulada previamente) que avale la imposición de una conducta dirigida a salvaguardar el bien amenazado. Alguna doctrina cree hallar que esa norma es la prohibición de dañar (*neminen laede*) pero resulta obvio que la misma formulación no identifica una regla que obligue sino una que veda. De todas maneras podría interpretarse que el daño se concreta porque no el sujeto no interfiere - pudiendo hacerlo - el curso de un acontecimiento que llevará a que el perjuicio se materialice. En este orden de ideas, queda claro que sólo se le podrá imputar el resultado, a título de dolo, si ha obrado con conocimiento de los elementos que constituyen el tipo objetivo y con voluntad de realizar la conducta en cuestión⁴⁸.

El vínculo jurídico se establece entre el necesitado y el omitente, de lo que resulta que constituye una relación entre personas identificadas: no se extiende a terceros. Alguien, con nombre y apellido, está obligado a actuar, pues la indemnidad del bien depende absolutamente de él porque es el dueño del proceso que ha de llevar o no al resultado; no se trata de un mandato dirigido a cualquiera. Por lo mismo, para indicarlo resulta imposible utilizar la fórmula “El que... o “quien...” que aparece en la mayoría de los preceptos de la Parte Especial del Código penal y de las leyes penales especiales, en los casos en los que todos pueden constituirse en sujetos activos del delito de que se trate. Respecto de este sujeto es más fuerte (que en relación con los demás) la expectativa de una conducta positiva pues existe un deber especial que la genera⁴⁹.

⁴⁸Dejo de lado la cuestión relativa a la tipicidad culposa pues, me parece innecesario invocar el concepto posición de garante en ese ámbito.

⁴⁹Nino, Carlos Santiago, ¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión), LL, 1979-C, p. 815.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

BOTTKE, Wilfried. Responsabilidad por la No Evitación de Hechos Punibles de Subordinados en la Empresa Económica. En: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena. Barcelona: J.M. Bosch, 1996.

CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal, Traducido por Octavio Béeche y Alberto Gallegos, San José de Costa Rica: ILANUD, 2000.

CIFUENTES, Santos (Director) y SAGARNA, Fernando (Coordinador). Código Civil Comentado y Anotado, Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRISCH, Wolfgang. Problemas Fundamentales de la Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Empresa. Responsabilidad Penal en el Ámbito de la Responsabilidad de la Empresa y de la División del Trabajo. En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena. Barcelona: J.M. Bosch, 1996

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación Objetiva y Conducta de la Víctima. México D.F., Ubijus, 2006.

GÓMEZ ALLER, Jacobo Dopico. Omisión e injerencia en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

HOYER, Andreas. Ciencia del Derecho Penal y Nacionalsocialismo. En: Revista La Ley, Nº 23, enero 2009.

JAKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte general, Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Código Civil Anotado, Doctrina - Jurisprudencia, Tomo II-b. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1979.

LUCERO OFFREDI, Guillermo. El Tipo Doloso de Omisión. En: Derecho Penal. Parte General. Libro de

Estudio. Coordinado por Carlos J. Lascano. Córdoba: Advocatus, 2002.

NINO, Carlos Santiago. ¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión). En: Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 1979-c, 197 LL, 1979-C..

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Omisión Impropia y Derecho Penal (Acerca del Artículo 11 del Código Penal Español). En: Revista Penal, Nº 20, julio 2007.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano.

_____, La Problemática de la Posición de Garante en los Delitos de Comisión por Omisión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Límites de los Delitos de Comisión por Omisión. En: Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en Homenaje a Claus Roxin, Madrid: Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, 1994.

ROXIN, Claus. Injerencia e Imputación Objetiva. En: Revista Penal, Nº 19, enero 2007.

SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Intervención Omisiva, Posición de Garante y Prohibición de Sobrevaloración del Aporte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1995.

SAUER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Bosch, 1956.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. Barcelona: Bosch, 1986.

_____. La Responsabilidad Penal del Médico por Omisión. En: Avances de la Medicina y Derecho Penal. Barcelona: PPU; 1988.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Límites Políticos Criminales del Delito de Comisión por Omisión. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. XXXVII, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA COMO (DE) CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL*

Jacson L. Zilio**

Resumen:

Este artículo busca hacer un recuento de las teorías criminológicas más representativas con el fin de mostrar como a través de las mismas es posible realizar una crítica al derecho penal que, en últimas, permita su transformación teniendo como referente el respeto por los derechos humanos, lo que traería como consecuencia la penalización de quienes son tradicionalmente excluidos de la aplicación del poder punitivo.***

Palabras Clave:

Criminología; Evolución Teórica; Criminalidad; Política Criminal; Transformación de la Realidad.

Abstract:

This article offers an account of the most representative criminological theories in order to show how it is possible to criticize criminal law through them, which will, ultimately, allow a transformation of the system, always guided by the respect for human rights, that would result in the criminalization of those who have been traditionally excluded from the application of punitive power.

Key Words:

Criminology; Theoretical Evolution; Criminality; Criminal Policy; Transformation of Reality.

Sumario:

I. De la Criminología Tradicional a la Teoría del Labeling Approach: Una Perspectiva Histórica de Ruptura del Paradigma Epistemológico. II. Un Paso de Superación: de la Teoría del Labeling Approach a la Criminología Crítica de Corte Marxista. III. Posturas del Derecho Penal y de la Criminología Crítica en la Sociedad del Riesgo. IV. Sombras y Luces en el Camino entre la Deconstrucción del Derecho Penal Tradicional y la Construcción del Moderno Derecho Penal. V. Algunas Conclusiones.

*Artículo presentado en el Doctorado Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología, 2007, en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Publicado previamente en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Criminología - Teoría y Praxis", Año 7, No. 5 y 6, (2008).

**Profesor de Derecho Penal y Criminología del Centro Sulamericano de Ensino Superior/CESUL (Francisco Beltrão, PR) y del Centro Universitario Positivo/UNL CENP (Curitiba, PR). Fiscal del Ministério Público de Estado de Paraná (Brasil). E-mail: jacsonzilio@hotmail.com.

***Resumen agregado por la editora.

I. De la Criminología Tradicional a la Teoría del Labeling Approach: Una Perspectiva Histórica de Ruptura del Paradigma Epistemológico.

La historia de las formas de conocimiento criminológico tiene dos marcos teóricos importantes: uno, el pensamiento de la criminología tradicional fundamentado en la idea de delito y criminalidad como “realidades ontológicas” y del criminal como “sujeto anormal” determinado a la práctica de los delitos, por cuenta de las características biológicas y psicológicas clínicamente observables por el investigador criminólogo; otro, en una verdadera revolución científica sobre la que escribió Thomas S. Kuhn,¹ la teoría del labeling approach fundamentada en el principio de que el crimen y la criminalidad no son entes ontológico-naturales preexistentes a la investigación del criminólogo, pero sí “realidades construidas” por las agencias de reacción social, a través de procesos y de interacción entre quien tiene el poder de definición y quien sufre esta definición.²

El círculo vicioso que proviene del hecho de que la criminología tradicional tomaba del derecho penal las definiciones de la realidad que buscaba estudiar, analizando empíricamente (de forma clínica) los sujetos caídos en las instituciones totales (la cárcel y los manicomios), fomentó, además de otras influencias políticas, jurídicas, y sociales de la época, que la teoría del labeling approach superase a una variación del pensamiento criminológico, fundamental y necesaria, aunque insuficiente, para el estudio del criminal y de la criminalidad en las sociedades capitalistas contemporáneas. En primer lugar porque cambió el objeto de estudio del criminal y del crimen al propio sistema de justicia criminal, en una verdadera ruptura de paradigma epistemológico³ con apoyo en la idea de que el crimen, el criminal y la criminalidad no son “entidades ontológicas-naturales” (positivismo), sino “realidades construidas” por la actuación de las agencias de control social penal (construccionismo). En segundo nivel se pone de relieve la tesis del abandono del método etiológico, determinista y abstracto de la investigación de la teoría criminológica positivista, que venía basado en la idea de monismo cultural y consenso social, para ahora seguir un modelo de interacción y construcción social del crimen y de la criminalidad, es decir, un modelo dinámico, continuo e interactivo, típico del pluralismo axiológico.

En realidad, la nueva perspectiva de investigación interaccionista aportó significativas novedades, por lo menos dos puntos: los efectos producidos por la aplicación de la etiqueta del criminal (la dimensión del sujeto), y la definición del desvío como cualidad atribuida por las instancias oficiales de control de los comportamientos y de las personas (dimensión de la definición y del poder de definición, o sea, las agencias de control y represión).

¹KUHN, Thomas S.: La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

²Véase, e. g., BARATTA, Alessandro: “Che cosa è la criminologia critica?” en *Dei Delitti e delle Pene*, 1985, n. 3, p. 54; También PAVARINI, Massimo: Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, México, 1983, p. 127.

³Véase, en este sentido, LARRAURI, Elena: La herencia de la criminología crítica, ed., Siglo XXI, México, 1992, p. 28: “Con la expresión 'cambio de paradigma' se describe, por consiguiente, un viraje en el objeto de estudio: de estudiar al delincuente y las causas de su comportamiento (paradigma etiológico) se estudian los “órganos de control social” que tienen por función controlar y reprimir la desviación (paradigma de la reacción social)”. Así también ANITUA, Gabriel I.: Historias de los pensamientos criminológicos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 363; DIAS, Jorge de Figueiredo, y ANDRADE, Manuel da Costa: *Criminologi., O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coímbra Editora, Coímbra 1984, p. 43. En otra línea de pensamiento, incluso diciendo que “este diagnóstico es pretencioso” y “exagerado”, véase HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, I Francisco: Introducción a la criminología y al derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 63.

La concentración de la investigación en el “sujeto estigmatizado” y, además, en los efectos derivados de ella, conlleva una crítica fuerte e interesante al principio de la prevención especial positiva. Pese al reconocimiento del fracaso histórico retratado en el célebre isomorfismo reformista de Michel Foucault,⁴ se reitera el proyecto y se continúa el programa criminal oficial de la ideología de justificación de la existencia de la cárcel. Eso es posible gracias al entendimiento de que, una vez aplicado el primer estigma por el sistema de control (denominado desvío primario), el sujeto permanecería en el papel social de la estigmatización introducida (llamado desvío secundario), en un “cambio de identidad social” que, con el cumplimiento efectivo de la pena de prisión quedaba reforzada. El conocido teorema de W. I. Thomas explica: “Sí algunas situaciones son definidas como reales, entonces ellas son reales en sus consecuencias”. En igual sentido, la modificación llevada a cabo por Schur: “Si tratamos como criminal a una persona, es probable que ella se convierta en criminal”.

A su vez, el análisis de los procesos de definición y del poder de las agencias de control (incluso no oficiales) mostró que el comportamiento desviado es comportamiento rotulado como tal. Las condiciones y causas de la criminalidad son condiciones y causas de la criminalización de dos formas selectivas: la criminalización primaria, en la perspectiva de la elaboración de las normas penales (papel de legisladores); y la criminalización secundaria, en la perspectiva de la aplicación de las normas penales (papel de jueces, fiscales, policía, etc.).

Además, las aportaciones de la sociología criminal rompieron con la idea de “delito natural”, que cambiaron la dirección epistemológica del comportamiento desviado a los mecanismos de reacción y de selección de la población criminal, o sea, de la “realidad preconstituida” a la “realidad construida”. También apuntaron a las investigaciones de los delitos de “cuello blanco”, la cifra negra y, por supuesto, las estadísticas criminales oficiales, para comprobar que la ley penal no es igual para todos, pues el status de criminal es distribuido, tanto en la criminalización primaria como en la secundaria, de forma desigual en la sociedad. Los factores que explican la escasa medida en que la criminalidad de los poderosos es perseguida por el sistema de justicia penal (p. ej., los delitos de “cuello blanco”, económicos, medioambientales, corrupción, etc.) son mencionados por Alessandro Baratta:

“Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades) ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou exercer pressões sobre os denunciante, etc.)”.⁵

⁴FOUCAULT, Michel: Vigiar e punir ed., Vozes, Petrópolis, 2006, p. 239.

⁵BARATTA, Alessandro: Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Introdução à sociologia do direito penal, 3º ed., Revan, Rio de Janeiro, 2002, p. 102. Sobre esta cuestión, con otras referencias, HASSEMER - MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 135: “Pero también existen en las sociedades modernas sectores de la criminalidad de los poderosos que siguen al margen del derecho penal, bien porque aún no existen instrumentos legislativos adecuados para enfrentarse a ella, bien porque no hay una conciencia en los órganos encargados de su persecución de que constituyan realmente hechos delictivos que deban ser sancionados penalmente”.

Así las estadísticas oficiales fueron rotas por la cifra negra y las encuestas de victimización, con la conclusión final de que el crimen es, de hecho, un comportamiento de la mayoría de las personas y no fruto de la anormalidad de unas pocas, como particularmente hacen referencia las teorías criminológicas de la integración social. Así, el fenómeno criminal es, en la única realidad existente, un comportamiento normal de gran parte de la sociedad, mientras que la criminalización es, por el contrario, un proceso desigual de selección, concentrado en los estratos sociales inferiores, que por diversas condiciones son portadores de los estereotipos orientadores de las redes de control penal.

En fin, el avance de la teoría criminológica del labeling approach tiene lugar con la recepción alemana y con los estudios de Fritz Sack acerca de las “metarreglas”, es decir, “a incidência de regra, princípios e atitudes subjetivas sobre o momento da “concretização do direito, por operadores jurídicos”.⁶ En definitiva, en la proposición de Sack, según Baratta, “a criminalidade, como realidade social, é uma entidade preconstituída em relação à atitude dos juizes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrada do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as meta-regras”.⁷ Por lo tanto, la criminalidad es entonces un “bien jurídico negativo”, distribuido por el poder penal de una forma desigual en la sociedad actual, así como sucede con la distribución de los bienes positivos.

II. Un Paso de Superación: De la Teoría del Labeling Approach a la Criminología Crítica de Corte Marxista.

La crítica más importante contra la teoría del labeling approach, que incluso permitió una evolución hasta la criminología crítica actual, por lo menos, en lo que se refiere al método de investigación, partió de la idea de que si bien los estudios de los procesos de descripción de los mecanismos de criminalización y de estigmatización son necesarios para la comprensión de la cuestión criminal en las sociedades contemporáneas, son insuficientes para explicar la violencia de la realidad social, el significado material del desvío, los comportamientos socialmente negativos y la criminalización.⁸

En este sentido también las críticas de Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde:

“Si no queremos limitarnos a una concepción que entienda las definiciones de criminalidad como algo espontáneo o casual, es preciso 'continuar la búsqueda de los factores' que determinan que las instancias de control social formal unas veces se inclinan en su definición en un sentido o en otro o, incluso, en ninguno. La teoría del etiquetamiento ha ido demasiado lejos en su lucha contra los 'factores' de las teorías causales tradicionales. Lo cual no carece de consecuencias, pues mientras que las teorías etiológicas del delito ofrecían una variada gama de respuestas ante la pregunta de qué hacer para evitar el delito (mejora de la política sobre la familia y la juventud, terapia individual, etc.), las teorías del etiquetamiento enmudecen cuando se les pregunta cuáles son sus 'propuestas de carácter político-criminal y social'”.⁹

⁶BARATTA: Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Introdução à sociologia do direito penal, cit., p. 105.

⁷Idem, p. 107.

⁸Idem, p. 116.

⁹HASSEMER-MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 163. Así también en la p. 64: “En segundo lugar, la teoría del etiquetamiento adolece de falta de conexión con la realidad, malinterpretando las 'condiciones de actuación de la administración de justicia penal'”.

Es así que, la crítica de izquierda por un lado reconoce el escepticismo, el relativismo, el idealismo y el exasperado subjetivismo del labeling approach en relación a las situaciones negativas difusas de la sociedad, mientras que, por otro, acepta las tesis fundamentales como que a) la intervención del derecho penal en los conflictos no ha logrado soluciones definitivas, más bien, maximiza la violencia ya existente, que b) el sistema penal es selectivo y fragmentario, y que c), por supuesto, siempre tiende a criminalizar a los individuos excluidos de la sociedad, inmunizando a los grupos hegemónicos. Es obvio que los méritos de la teoría no excluyen la falta de explicación de las razones políticas de por qué algunas personas son seleccionadas por el sistema y por qué otras no lo son. En otras palabras: no se cuestiona la sociedad capitalista moderna, la estructura social y el contexto socio-económico en que se produce un conflicto social.¹⁰

En relación con lo anteriormente señalado, en una conocida entrevista de Baratta con Víctor Sancha Mata, la superación del labeling approach por la criminología crítica es explicada del siguiente modo:

“Tuttavia l'utilizzazione dell'approccio dell'etichettamento è solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, secondo la mia opinione, per poter qualificare come “critica” una teoria della devianza e della criminalità. Se la qualità e lo status sociale di deviante e di criminale sono il risultato di processi di definizione e di etichettamento, come è distribuito in una determinata società il potere di definizione? In che maniera sono distribuite le possibilità di venire etichettato come deviante, di vedersi attribuito lo stato sociale di criminale? In una criminologia “crítica” queste questioni non sono meno centrali di quelle relative ai processi di definizione”.¹¹

De hecho, si bien efectivamente el labeling approach rompe con la ideología de la defensa social porque ataca al principio del interés social y del delito natural, se olvida de la necesidad de destrucción de la tesis de homogeneidad de los valores y de los intereses protegidos por el derecho penal, lo que solamente sucede después: en primer lugar, con el ingreso del pensamiento de la sociología del conflicto, de representación, en la sociedad, de las características de cambio, conflicto y dominio; en segundo lugar, por la teoría económico-política, teoría materialista, que define “o objeto do conflito, nas sociedades tardo-capitalistas, não são as relações materiais de propriedade, de produção e de distribuição, mas sim a relação política de domínio de alguns indivíduos sobre outros”.¹² Las eternas palabras de Karl Marx y Friedrich Engels son esclarecedoras: “Las ideas dominantes de una época han sido siempre simplemente las ideas de la clase dominante”.¹³

¹⁰ Así, e. g., las críticas de BARATTA: Che cosa è la criminologia critica?, cit., p. 56; PAVARINI: ob. cit., p. 130.

¹¹ BARATTA: Che cosa è la criminologia critica?, cit., p. 55. Así CIRINO DOS SANTOS, Juárez: A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal, disponible en www.cirino.com.br, p. 2: “O labeling approach representa condição necessária porque mostra o comportamento criminoso como conseqüência da aplicação de regras e sanções pelo sistema penal -e não como qualidade da ação, segundo a etiología positivista; mas condição insuficiente, porque incapaz de indicar os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas a relação capital/trabalho assalariado, suscetível de mostrar que o poder de definir crimes e de atribuir a qualidade de criminoso corresponde às desigualdades sociais em propriedade e poder das sociedades contemporâneas”.

¹² BARATTA: cit., p. 123.

¹³ MARX, Karl, y ENGELS, Friedrich: “Manifiesto del Partido Comunista”, en Fundamentos II, vol. IV, ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 295. Véase también MARX, Karl, y ENGELS, Friedrich: Ideología alemana, Vida Nueva, Buenos Aires, 1958, pp. 82-83. Y todavía sobre los conflictos de clases véase las palabras de MARX-ENGELS: ob. cit., p. 280: “La historia de toda sociedad es, hasta hoy, la historia de la lucha de clases. Libres y esclavos, patricios y plebeyos, barones y siervos de la gleba, maestros y oficiales de los gremios, en una palabra, opresores y oprimidos, siempre antagónicamente enfrentados los unos a los otros, empeñados en una lucha ininterrumpida, ora solapada ora abierta, que condujo siempre a una transformación revolucionaria de toda la sociedad o a la desaparición conjunta de las clases beligerantes”.

Ahora bien, los conocimientos del labeling approach en su versión más moderna, los estudios sobre comportamientos socialmente negativos y criminalización, las aportaciones de la sociología del conflicto y sobre todo de la teoría económico-política de la conducta desviada, dieron las bases para que surgiera la criminología crítica de clara influencia marxista. Y esa dirección criminológica es la única comprometida en la construcción de un conocimiento realmente crítico de la cuestión penal y de liberación del hombre, solamente posible si se cuestionan los puntos de distribución del poder de definición (a quién es conferido el poder de definición) y las formas de distribución de las posibilidades de encontrarse etiquetado como sujeto desviado (a quién es conferido el status de criminal).

Como es lógico, son válidas e importantes, sobre todo ahora en los tiempos de la globalización, del mercado libre y del pensamiento único, las conclusiones de que el crimen es un comportamiento de la mayoría de las personas, pero la criminalización es un proceso atribuido y concentrado apenas en los estratos vulnerables de la sociedad tanto más cuanto están en juego los intereses del poder dominante, ligados siempre a la explotación por el capital y del trabajo asalariado. Ello está comprobado por la historia: antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena privativa de libertad. Solamente cuando el trabajo humano es convertido en tiempo y, luego, en “riqueza social” (capitalismo), la cárcel pasa a tener poder disciplinario necesario para el proceso productivo: si el trabajo asalariado produce una riqueza social medida por el tiempo de ejercicio, entonces el tiempo que el detenido está en la cárcel tiene un valor económico negativo, representando una pena per se. Así, la prisión se convierte en un instrumento del poder disciplinario y de educación para la fábrica, es decir, el hombre sin trabajo es un enemigo de clase. Son esclarecedoras las lecciones de Massimo Pavarini sobre la relación de la cárcel y la fábrica:

“Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico: en efecto, sólo cuando todas las formas de la riqueza social fueran reconocidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea de trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado. Y desde este preciso momento la pena privativa de la libertad, o sea la cárcel, se convierte en la sanción penal difundida, la penal por excelencia en la sociedad productora de mercancías”.¹⁴

Michel Foucault también demostró que “a burguesia troça totalmente dos, da sua punição ou da sua reinserção, que não representa grande interesse econômico. Em compensação, do conjunto dos mecanismos pelos quais o delinquente é controlado, seguido, punido, reformado, destacasse para a burguesia um interesse que funciona no interior do sistema econômico-político geral”.¹⁵

En efecto, de otro lado, también el sistema penal camina en contra de las clases subalternas porque encuentra facilidades en la detección de los estereotipos orientadores de la selección, representados por deficiencias de socialización, que apuntan al fracaso de cualquier tentativa de

¹⁴PAVARINI: ob. cit., p. 36. Véase, en detalle, MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo: Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, Siglo XXI, México, 1979.

¹⁵FOUCAULT, Michel: E preciso defender a sociedade, Livros do Brasil, Lisboa, 2006, p. 47. Nada más cercano de la realidad actual porque, por ejemplo, según afirma WACQUANT, Loïc: Punir os pobres, Revan, Rio de Janeiro, 2003, p. 20, hoy cinco millones de americanos (2,5 de la población adulta) están en las redes del sistema penal, mientras que los gastos anuales para control de los delitos en los EE.U.U. llegan a 210 billones de dólares. Véase también GARLAND, David: La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Gedisa, Barcelona, 2005.

internalizar normas jurídicas. De esta manera, el poder ha facilitado la explotación y aniquilamiento de los “ineficientes” en el mercado de trabajo, protegiendo, por tanto, los sentimientos egoístas y ambiciosos del capitalismo, por medio del derecho penal y de la cárcel como instrumento y aparato de mantenimiento del status quo. Se trata, en de una fuerte utilización del derecho penal como instrumento de dominación, disciplina y neutralización de las clases excluidas del proceso de producción. Por eso, hoy por hoy, la realidad es la prueba de que la imagen de los seleccionados por el sistema penal es la imagen de los excluidos de la economía global: el lumenproletariado, esta putrefacción pasiva de las capas más bajas de la vieja sociedad,¹⁶ funciona como una especie de espejo invertido de la sociedad capitalista y excluyente: el derecho penal es un reflejo del espejo invertido del sistema social desigual, de las injusticias sociales.¹⁷ Nada es más real que el ojo crítico llevado a cabo por Zygmunt Bauman: “Las cárceles son guetos con muros, en tanto que los guetos son cárceles sin muros”.¹⁸

Hoy es evidente que el discurso penal y la realidad suenan desacompañados. Por ende, el significado político del derecho penal, muchas veces escondido tras la ley, está claramente en evidencia en la medida en que este es históricamente utilizado por el poder dominante como estrategia excluyente de la ciudadanía y eficiente del control social de las masas desfavorecidas del sistema capitalista, en las sociedades capitalistas estructuradas en clases sociales antagónicas, donde los individuos se relacionan siempre como propietarios del capital y como poseedores de la fuerza de trabajo.

En consecuencia, es posible una teoría de liberación del hombre y realmente crítica del sistema penal mediante una relación entre el proceso subjetivo de construcción social de la criminalidad (enfoque interaccionista) y las estructuras objetivas de las relaciones socioeconómicas (enfoque materialista), sin riesgo de concentración apenas en los aspectos económicos o estrictamente dogmáticos. De ese modo, el fenómeno de la desviación sólo puede ser analizado en el contexto de la estructura socioeconómica. Por supuesto, la lucha de clases de la sociedad del capitalismo tardío no puede, de forma alguna, ser dejada de lado en el estudio del crimen, de la criminalidad y del sujeto criminal, dado que, como mostraran acertadamente Marx y Engels, “todos los conflictos de la historia tienen su origen, pues, a nuestro ver, en el contraste entre las fuerzas productivas y el régimen social vigente”.¹⁹

Claro que las ideas de Marx y Engels, con relación al estudio del crimen y de la criminalidad, no deben ser analizadas fuera del contexto de la obra, dado que, como advierten Hassemer y Muñoz Conde, las “referencias al delito o a la criminalidad en general, aisladamente consideradas y analizadas fuera de contexto del resto de su obra, pueden incluso sugerir que la postura de Marx al respecto estaba más imbuida por los prejuicios burgueses ante la delincuencia que por la aplicación consecuente de sus propias ideas”.²⁰

¹⁶MARX-ENGELS: ob. cit., p. 288.

¹⁷Véase, en esta misma dirección, HASSEMER-MUÑOZ CONDE: ob. cit., pp. 134-135: “La crítica al sistema social y a los procesos de criminalización que hace surgir dicho sistema no es, por tanto, como algunos creen o dicen (probablemente con ánimo de desacreditarla), ociosa o un simple panfleto político de revolucionarios y descontentos; es algo más profundo que ha puesto de relieve que, en base a los datos empíricos actualmente existentes aportados por las diversas teorías criminológicas, la actual forma de definir y sancionar algunas formas de criminalidad no es más que el reflejo de las propias injusticias sociales del sistema que produce y elabora la criminalidad como una forma de control y de perpetuación de las actuales estructuras sociales”.

¹⁸BAUMAN, Zygmunt: “Comunidad”, En busca de seguridad en un mundo hostil, Siglo XXI Madrid, 2003, p. 143.

¹⁹MARX-ENGELS: Ideología alemana, cit., p. 143.

²⁰HASSEMER-MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 149.

De esta forma, la criminología crítica mira el fenómeno de la desviación dentro del sistema de producción capitalista, de conflicto político y de clase, girando el foco de atención del delito y del delincuente a “los mecanismos sociales e institucionales que definen, crean y sancionan la delincuencia”²¹ Así es que los estudios de Marx y Engels son consideraciones importantes y necesarias porque tocan la estructura clásica del conflicto social de clases.²²

En resumen: el recorrido efectuado ha radiografiado que la criminología crítica se debe apartar de una visión exclusiva del determinismo económico en el estudio de la cuestión criminal, pero no se puede dejar de analizar el contexto sociológico, político y cultural de la actualidad socioeconómica. Por otro lado, no se debe olvidar que el fenómeno criminal está inserto en la estructura social, históricamente determinada por la lucha de clases, como prueba el materialismo histórico. Y eso, pues, es un paso imprescindible para comprender el funcionamiento selectivo del sistema penal y buscar una nueva política alternativa representativa de las clases subalternas, con el objetivo de abolir, aunque a largo plazo, primero la pena de prisión como instrumento declarado de defensa de la comunidad pero real de dominación clasista, y segundo, el sistema penal.

III. Posturas del Derecho Penal y de la Criminología Crítica en la Sociedad del Riesgo.

La vida en la sociedad desreglada y globalizada de capital ha generado y acentuado un difuso sentimiento de inseguridad sobre la actualidad de las relaciones humanas y sobre todo del propio futuro de la humanidad. La “comunidad soñada” como lugar de seguridad, de placer, de solidaridad, de justicia social, de derecho a la diferencia y de repudio a la indiferencia (sujeto invisible), en fin, de espacio de libre desarrollo humano en el marco de la plena libertad, hoy es transmudado para la “comunidad realmente existente” -de individualismo, rivalidad, consumismo, competencia a cualquier precio, autovigilancia y autocontrol por los propios dominados- a una política criminal del terror, del puro ejercicio del poder punitivo, para atender reivindicaciones urgentes de certidumbres y seguridad urbana, aunque eso signifique la pérdida de las libertades públicas de la mayoría, el precio que se paga para “estar en comunidad”, como dice Bauman: “Perder la comunidad significa perder la seguridad; ganar la comunidad, si es que se gana, pronto significaría perder libertad”.²³

El conflicto que siempre existió entre los valores de seguridad y libertad se ha intensificado en los últimos tiempos a raíz de las desigualdades sociales propias de la globalización, de la separación mundial de los ricos y pobres (ahora espacial y social), pero también con mayor sacrificio del valor

²¹Ídem, p. 151.

²²Véase las importantes palabras de Marx y Engels mencionadas por TAYLOR, Ian; WALTON, Paul, y YOUNG, Jock: La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Amorrortu, Buenos Aires, 1997, p. 226: “Ya por el desarrollo histórico del poder de los tribunales y por las amargas quejas de los señores feudales acerca de la evolución jurídica, podemos convencernos de cómo coinciden las relaciones jurídicas con el desarrollo de estos poderes materiales, a consecuencia de la división del trabajo. (...) Precisamente en la época situada entre la dominación de la aristocracia y la de la burguesía, al entrar en conflicto los intereses de las dos clases, cuando comenzó a obtener importancia el comercio entre las naciones europeas y hasta las internacionales adquirieron, por tanto, un carácter burgués, empezó a hacerse importante el poder de los tribunales, que llegó a su apogeo bajo la dominación de la burguesía, en que esta división desarrollada del trabajo es inexcusablemente necesaria. Lo que a propósito de ello se imaginen los siervos de la división del trabajo, los jueces y, sobre todo, los 'profesores iuris', es desde todo punto indiferente”.

²³BAUMAN: ob. cit., p. 11.

libertad (generalmente de las personas del pueblo y desprovistas de propiedad) frente al valor seguridad (generalmente de las personas de la nueva élite extraterritorial y poseedoras del poder del capital).²⁴ Eso es posible porque la “seguridad sacrificada en aras de la libertad tiende a ser la seguridad de otra gente;”²⁵ y la libertad sacrificada en aras de la seguridad tiende a ser la libertad de otra gente”. Además, la difusión y manipulación de los sentimientos de incertidumbre e inseguridad por la cultura mass media, lleva al mito del “paraíso perdido o paraíso que todavía se tiene la esperanza de encontrar”,²⁶ lo que explica la gran aceptación por las personas del pueblo de las medidas cada vez más represivas y racistas, dirigidas contra él mismo, sin cualquier utilidad y eficacia, salvo si utilidad y eficacia es igual al principio divide et impera o quizá apartheid social.

Ahora el palco de lucha es la “sociedad del riesgo” de la que habla Ulrich Beck: un espacio en que se lleva una “vida de riesgo”, una vida en la que “se colapsa la idea misma de controlabilidad, certidumbre o seguridad”, en que las condiciones de “miseria material, subdesarrollo de las fuerzas productivas y desigualdades de clases provocan enfrentamientos políticos”.²⁷ Se trata hoy de “situaciones globales de amenaza que surgen para toda humanidad”,²⁸ como los riesgos de la energía nuclear (p. ej., el uso del residuo de uranio natural para fines bélicos), los problemas ambientales (como la emisión irresponsable de dióxido de carbono), la contaminación masiva de productos alimenticios con riesgos serios a la salud, además de las manipulaciones genéticas. Esas características globales de los riesgos son apuntadas por Beck:

“Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la 'globalidad' de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas 'modernas'. Son riesgos de la modernización. Son un 'producto global' de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados 'sistemáticamente' con su desarrollo ulterior”.

Si el “escenario de un futuro posible” puede estar en el “retorno a la sociedad industrial”, en la “democratización del cambio tecnológico” o todavía en la “política diferencial”,³⁰ en el plano del derecho penal la cuestión de riesgos modernos de las sociedades postindustriales implica en las políticas criminales también nuevas y polémicas, de lege lata, de maximizar el poder punitivo (ampliar los espacios de intervención aunque en estado previo) y minimizar las garantías individuales (disminuir las barreras dogmáticas de protección individual para buscar una eficiencia en la tutela de las nuevas demandas sociales), aunque se tenga que sustentar la necesidad de algunas modificaciones también en otras especialidades (o creaciones de nuevas figuras jurídicas, p. ej.).

²⁴Véase semejante idea en MARX-ENGELS: Ideología alemana, cit. pp. 144-145: “Sólo en el seno de la comunidad, pues, hácese posible la libertad personal. En los sucedáneos de comunidad, más que verdaderas comunidades, que ha habido hasta ahora -el Estado, etc. -, la libertad personal no existía para nadie salvo para los individuos que lograban escalar hasta la clase dominante, y solamente en tanto perteneciesen a ella. Hasta lo presente las comunidades en que se asociaban los individuos, no tenían de tales más que las apariencias; se independizaban siempre de los individuos, llegando a ser antes distintos de ellos. Además, como eran la asociación de una clase frente a otras, era para la clase dominante, no sólo una comunidad completamente ilusoria, sino una nueva traba. En la verdadera comunidad, por el contrario, los individuos, asociándose, consiguen al mismo tiempo su libertad”.

²⁵BAUMAN: ob. cit., p. 27.

²⁶Idem, p. 9.

²⁷BECK, Ulrich: La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 2006, p. 357.

²⁸Idem, p. 32.

²⁹BECK: ob. cit., p. 33.

³⁰Idem, p. 358.

En esta línea, se puede decir que tres de las principales direcciones parecen llamar más la atención de los penalistas:

- I. La posición de Bernd Schünemann es favorable a la modernización del derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos nuevos de la sociedad industrial desarrollada mediante “una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos para diferenciar de los bienes jurídicos aparentes”³¹. Así también Luis Gracia Martín, que defiende que la nueva realidad social exige un nuevo derecho penal para el Estado social y democrático de derecho, capaz de integrar en su seno un “sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases socialmente poderosas”³².
- II. De otro lado, Jesús-María Silva Sánchez propone, de lege ferenda, la creación de un modelo penal de “dos velocidades”, o sea, un modelo “dualista con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles”³³. Así: uno para dar respuesta al fenómeno de la expansión, de mayor intervención y mayor eficacia, pero como compensación de la flexibilización de las garantías derivada del nuevo modelo de imputación, se sacaría el uso de la pena privativa de libertad³⁴ otro para la “criminalidad tradicional” que, como compensación por maximizar el “núcleo duro” de las garantías, se incluye el uso de la pena privativa de libertad. Y por fin, de lege lata, sustenta que, “hoy por hoy”, hay que “rechazar en línea cualquier intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía”³⁵.
- III. Finalmente, Hassemer, Muñoz Conde y la “Escuela de Frankfurt” hacen una crítica contra las nuevas formas del derecho penal y proponen un “discurso de resistencia” y la creación de un “derecho de intervención”, como habla Hassemer: “Por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina 'derecho penal básico' (a), y, por otro, potenciando la creación de un 'derecho de intervención' (b), que permita tratar adecuadamente los

³¹Según Schünemann, Bernd en la presentación de la obra de GRACIA MARTÍN, Luis: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 14, “la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización de derecho. El derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y esto requería de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciados de meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución colectivos a los que tiene que conectarse el derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos”.

³²GRACIA MARTÍN: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, cit., pp. 190-191.

³³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 156. Véase también MENDOZA BUERGO, Blanca: El derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001.

³⁴SILVA SÁNCHEZ ob. cit., p. 160: “Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tiene asignada una pena de prisión. Por contra, a propósito del derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.), como también de los principios político-criminales (p. ej., principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)”.

³⁵SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 161.

problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico”³⁶. Es decir, un “derecho de intervención” ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, pero con garantías inferiores al del derecho penal.³⁷

En el campo de la criminología crítica, eje fundamental de partida para orientación de cualquier programa estatal de combate a la criminalidad en las sociedades postindustriales, pese las diferencias de cada criminólogo sobre el nuevo cuadro social, es posible presentar las siguientes posturas: a) una postura de retiro y de ausencia de ofrecimiento de política criminal oficial a partir de los aportes de la criminología crítica, dado que una posición contraria conllevaría a la desaparición del propio fundamento crítico de ese saber criminológico y, por lo tanto, formaría una mezcla con el propio objeto criticable; b) una propuesta de abolición total de la pena de prisión y, después, del propio sistema de derecho penal; c) una propuesta de política criminal alternativa a partir de las clases subalternas, con planteamientos de intervención mínima del derecho penal (ultima ratio), de adopción del garantismo penal y del uso alternativo del derecho, pero que no excluya la posibilidad de modernización del derecho penal para protección de nuevos y reales bienes jurídicos de la sociedad del riesgo, en un “cambio de perspectiva hacia las clases media y alta”, como dice bien Schünemann³⁸ aunque para eso sea necesario una técnica adecuada en la elaboración de los tipos penales.

IV. Sombras y Luces en el Camino entre la Deconstrucción del Derecho Penal Tradicional y la Construcción del Moderno Derecho Penal.

La criminología crítica desmoronó, sin posibilidad de reconstrucción futura, todo el edificio conceptual que el discurso del derecho penal de la ideología de defensa social utilizó para controlar las parcelas más débiles de la sociedad. Por otro lado, los aportes teóricos del marxismo, sobre todo el método de trabajo del que parte el materialismo histórico, mostraron cómo el derecho penal del principio del bien y del mal y del delito natural es un derecho desigual por excelencia, como la justicia criminal es clasista y como los fines de ese ramo represor, en la sociedad de estructura capitalista de explotación del trabajo asalariado, son ocultos y enmascarados: fines de dominación clasista, de disciplina y educación, por medio de la cárcel, para servir a los intereses del capital y, así, impedir la transformación de la sociedad de solidaridad.

³⁶HASSEMER, Winfried: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67.

³⁷HASSEMER: ob. cit., p. 72: “Quizás sería recomendable regular en un “derecho de intervención” los problemas que las sociedades han llevado al moderno derecho penal. Este “derecho de intervención” estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos”. Véase HASSEMER, y MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 46.

³⁸SCHÜNEMANN ob. cit., p. 15.

Pues bien, el discurso de deconstrucción del horizonte conceptual del derecho penal tradicional rumbo a la modernización y de la mano de una criminología emancipadora fundamentada en la teoría de las necesidades y en la ética de la alteridad, debe, en primer lugar, buscar un modelo, a largo plazo, de abolición radical de la pena privativa de libertad y del sistema de derecho penal, aunque sea un camino muy distante e inalcanzable en una sociedad sin límites a la propiedad privada. En segundo lugar, en el camino para la construcción de un nuevo discurso, a corto y medio plazo, se debe invertir la lógica y poner el sistema de cabeza: un modelo para penalizar los comportamientos de las clases dominantes históricamente excluidas del poder punitivo (criminalidad de los poderosos), para “equilibrar” el uso del poder de distribución del status de criminal, conforme el mandamiento material del principio de la igualdad, para así tutelar los nuevos bienes jurídicos de la sociedad del riesgo. Por último y en concreto, probar que eso no es incompatible con el modelo del principio del intervención mínima y con los demás principios de limitación del poder punitivo, ni siquiera con la garantía de pleno respeto a los derechos individuales y con la idea de dogmática jurídico-penal como dique de contención del poder punitivo, como manda el garantismo penal.

Sin duda, hoy también hay otra cara de la moneda: el sentimiento de inseguridad social, los riesgos nuevos de la “aldea global” y el aumento de los excluidos en todas las partes del mundo, hace resurgir corrientes racistas y colonialistas de la filosofía y de la criminología, que pugnan por la ampliación del derecho penal en todas las áreas de conflicto social, aunque simbólicas y violadoras de los principios más básicos del derecho penal liberal y, luego, del Estado democrático de derecho. En realidad, la historia del pensamiento criminológico y penal es así: errores graves cometidos que se repiten a cada nueva situación de emergencia, pues un trazo diferenciador del hombre y su civilización parece ser la gran capacidad de olvidarse de “los malos”, “de los otros”.

a. Un Saber Lejano de la Neutralidad.

Una parcela considerable de la criminología crítica siempre estuvo contraria al ofrecimiento oficial de una política criminal, por el peligro de reforzar el sistema que quería abolir, por atarse al derecho penal (perdería al carácter crítico) y, en fin, porque solamente cuando se transforma la realidad social se puede hablar en una alternativa al sistema penal, a la cárcel y al combate del problema de la conducta delictiva.

Ahora bien, la neutralidad del criminólogo y del jurista no pasa de una ficción del saber penal, de un efecto de fingir que las personas no piensan para algo más allá, que no poseen ideologías en la vida, de una concepción del mundo un poco mejor para todos, por lo menos en lo que se refiere a la libertad, que es lo que más importa. Claro que eso puede estar bastante caracterizado por un idealismo, pero también lo es la creencia en el mito de la neutralidad del saber y, luego, del humano. Además, la neutralidad no es una cualidad de nadie, sino sólo es pura alienación personal por las manos del poder, que siempre construye, a su manera, el saber dominante en una sociedad y época determinados.

Si una crisis de la criminología crítica existe hoy, o existía en el pasado, ahora ciertamente puede hasta agravarse si no se ofrece una política criminal realista desde la perspectiva histórica del conflicto de clases ligadas en el contexto de la existencia de la acumulación del capital. Y nadie mejor que el criminólogo, que estudia la realidad del delito y de la pena y además conoce las investigaciones empíricas, para conducir la política criminal, porque, como dice Elena Larrauri, “la cuestión no es por tanto vetar al criminólogo que realice propuestas de política criminal, sino exigirle que fundamente y

haga explícitas las investigaciones empíricas y las opciones valorativa que las sustentan”³⁹. Aún más, un saber teórico tiene que ser útil a la vida de la gente, sobre todo cuando ese saber es del ramo que busca comprender y explicar toda la violencia en la sociedad. Una ciencia debe ser comprometida con la transformación de la realidad y debe, para eso, usar la interpretación dialéctica entre teoría y praxis.⁴⁰ Por supuesto, es verdad que la criminología crítica cumple un papel importante de crítica al derecho penal y a la Política criminal oficial, pero puede contribuir aún mucho más: guiar esas dos ramas al camino de una comunidad buscada e imaginada, de solidaridad y fraternidad, de menos violencia y más respecto a los derechos humanos.

b. El Derecho de la Ideología de Seguridad Urbana.

Las incertidumbres derivadas de la sociedad del riesgo, el rescate del sentimiento de retribución de la víctima, el poder de manipulación de la comunicación sensacionalista y los fines electorales de los políticos demagogos, fluyen bien para el fortalecimiento de la vía penal de represión como la única y primera solución de los conflictos sociales en la actualidad, reales o irreales. Sin embargo, son sentidos por la gente en la calle.

Así, nace una política criminal del discurso de la ideología de la seguridad urbana: implementación del programa penal para protección de la pequeña élite económica, en sustitución del anticuado discurso de la ideología de la seguridad nacional, en un cambio de militares por policías, apoyado por la manipulación de la comunicación y por el “Movimiento Ley y Orden”, con el de llevar a la población al pánico, a la política del miedo cotidiano, a la desconfianza, a la inseguridad y a los prejuicios. En este sentido, son las políticas criminales racistas y arbitrarias de la “tolerancia cero”, en las variantes del “broken windows” o “life style crimes”, bien así la “three strikes”.

Además, ese planteamiento abre espacio al derecho penal del autor⁴¹ (como en el caso de las drogas) y a la legitimación del derecho penal simbólico (no se ataca la estructura de la causa), de interés del poder político por la facilidad de conversión del argumento en votos (la psicología popular ha mostrado una gran aceptación de la pena como retribución -venganza- en la actitud del pueblo causada por el poder de las religiones).

³⁹LARRAURI, Elena: “Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi: ‘Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta’”, RDPyC, ne 17, 2006, p. 269.

⁴⁰Véase la impresionante narrativa que hace BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a Sociología jurídico-penal, Siglo XXI, México/Madrid, 1986*, p. 166: “Esta segunda pregunta se refiere a la alternativa que caracteriza el debate entre una ciencia neutral respecto a los valores y las elecciones prácticas, y una ciencia social comprometida en la transformación del propio objeto, es decir, una ciencia social en donde la interpretación teórica de la realidad sea dialécticamente mediata del interés y la acción para la transformación de la realidad, en el sentido de la resolución positiva de las contradicciones que constituyen la lógica del movimiento objetivo de la misma y de la satisfacción de necesidades individuales y sociales en su contenido históricamente determinado, es decir que corresponden al efectivo nivel de desarrollo que han alcanzado en una sociedad dada las fuerzas productivas respecto a los bienes materiales, a la cualidad de vida. Sólo una ciencia social comprometida, pensamos, puede desempeñar un papel de control y de guía frente a la técnica jurídica. La naturaleza dialéctica de la mediación entre teoría y praxis, que caracteriza este modelo de ciencia social, es la medida del carácter racional de su compromiso cognoscitivo y práctico”.

En realidad, lo que hace la política criminal derivada de la ideología de la seguridad urbana es “separar la paja del trigo”, separar los viajeros del “navío espacial Tierra” que lleva pasajeros de primera y de segunda clase - e indudablemente que también de tercera y con “boleto de perro”, para seguir las palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni -. Es, por tanto y en definitiva, lo que Bauman llamó de “tratamiento de residuos que a veces se pone en marcha cuando los pobres ya no son útiles como un 'ejército de productores en la reserva' y se han convertido en consumidores fallidos y por tanto también inútiles”. Eso, es evidente, sólo es posible y real gracias al confinamiento espacial y social de la mayoría de la población mundial, detenidas, “por su propia voluntad”, en territorios sin muros lejanos de los países centrales.

c. El Derecho Penal del Enemigo.

Es de conocimiento general que el concepto doctrinal y político-criminal del discurso contra el enemigo, asumido abiertamente por la doctrina de Günther Jakobs,⁴⁴ viene así estructurado: una dicotomía en el programa estatal para controlar la criminalidad impuesta por la (ir)racionalidad en las situaciones de necesidad de reforzar la vigencia de la norma, por medio de la pena criminal, en los casos de violaciones por el ciudadano, de un polo, y por la neutralización y eliminación, por medio de la coacción física (medidas de seguridad), hasta llegar a la guerra, para combatir peligros, en caso de violación de la norma por no personas (enemigos).

Según Jakobs, la misión de la pena “es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”⁴⁵ Es decir, en la pena criminal reside la función de estabilización social normativa, que, al mismo tiempo, elevaría la fidelidad jurídica y confianza del pueblo en el derecho inquebrantable. Es por esto que la tradicional teoría del bien jurídico, en las concepciones monista, dualista o personalista, quedaría sin ningún sentido porque el derecho penal se preocuparía con la función de protección del restablecimiento de la vigencia de la norma.⁴⁶

En ese orden de ideas, el problema surge con la violación de la norma por el “actor reincidente”, por el “delincuente habitual”, por “delincuente profesional”, por “integrantes de las organizaciones criminosas”, porque al rechazar la legitimidad del ordenamiento jurídico y así luchar por su destrucción, la aplicación de la pena criminal no ejercería confianza en la norma. En este caso, sería entonces aplicada una “medida de seguridad en lugar de la pena” para que la norma vulnerada

⁴⁴Según ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, pp. 176-177, “por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no toda la conducción de la vida social del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su dad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción”.

⁴²ZAFFARONI, Raúl E.: Criminología. Aproximación desde un margen, Temis, Bogotá, 2003, p. 42.

⁴³BAUMAN: ob. cit., p. 142.

⁴⁴JAKOBS, Günther: “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, en JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel: Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 37.

⁴⁵JAKOBS, Günther: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 14.

⁴⁶En otro sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARAN, Mercedes: Derecho penal. Parte General, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 61: “Por eso, me parece rechazable la tesis de Jakobs, que reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma, pues detrás de la norma siempre hay un interés o bien jurídico, a través del cual se comprende, se interpreta y se puede criticar la pretensión de vigencia de la norma. Sin esa referencia al bien jurídico, el restablecimiento de la norma como única función directa del derecho V penal es tautológica, vacía de contenido y, sobre todo, impide la crítica de la norma misma”.

pueda estabilizarse, aumentando la probabilidad fáctica de que sea cumplida, pues como ha preceptuado Jakobs, “se trata por tanto del fortalecimiento de la autoridad de la norma sólo mediante la eliminación del peligro”, o sea, “los intereses del autor han de evaluarse tanto menos cuanto más es responsable del peligro, de modo que en esa medida una reacción frente a un delincuente habitual que actúa culpablemente puede ser aún proporcional, pero frente a un enfermo mental no serlo ya”⁴⁷. En realidad, la única función de la medida de plazo indeterminado sería la neutralización y eliminación del enemigo, en un método ([i] legal y práctico) de lucha y de guerra frente a su elevada peligrosidad y frente a la situación de emergencia latente que demandaría más represión para buscar la seguridad pública. Por lo tanto, es aquí donde entraría la división del derecho penal (dos políticas criminales diferentes y de “velocidades diversas”), abriendo un discurso para el ciudadano (pena criminal para restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico) y otro para el no ciudadano, el enemigo (medida de seguridad para eliminar anticipadamente los peligros y fortalecer la autoridad de la norma).

Ahora bien, es evidente que la dicotomía del discurso resulta incompatible con el Estado de derecho, en la medida en que infringen los principios éticos (basados en la libertad y autonomía individual), políticos (carácter democrático y participativo) y jurídicos (construcción de un sistema de protección de las libertades y derechos fundamentales) que constituyen la verdadera razón de su existencia. Además, a) resucita posicionamientos reaccionarios de la filosofía y de la política (Rousseau, Fichte, Kant, Hobbes y Carl Schmitt), b) rescata políticas criminales superadas, autoritarias y racistas de la criminología tradicional (Liszt, Mezger, Exner, Lombroso, Garofalo y, en nuestro margen, José Ingenieros y Nina Rodrigues), c) incorpora datos del positivismo exagerado (normativismo puro) y de la teoría sistémica contemporánea (Luhmann) y, por d) alimenta antiguas situaciones de emergencia que, mediante el uso de la pena como prevención general exclusiva de neutralización del enemigo, encamina al derecho penal hacia un camino simbólico y peligroso, también incompatible con el Estado de derecho, que requiere “respeto al imperio de la ley (y de la Constitución) como expresión de la voluntad popular”, “relación entre democracia y Estado de derecho como procesos históricos siempre abiertos” y “formación con diferentes tipos de sociedad y de Estado (liberal, social, democrático) en función precisamente del grado de exigencia, de reconocimiento y realización de esas prescripciones morales que son los derechos humanos”⁴⁸. Por el discurso penal contra el enemigo maquilla y oculta dos puntos importantes y reales: uno, el significado político del derecho penal, en la medida en que este es históricamente utilizado por el poder dominante como estrategia de control social de las masas desfavorecidas del sistema de capitalista, en las sociedades capitalistas estructuradas en clases sociales antagónicas, donde los individuos se relacionan siempre como propietarios del capital y poseedores de la fuerza de trabajo; segundo, el hecho de que el desvío no es algo que precede a las definiciones y reacciones, pero que a través de ellas adquiere la calidad desviada o criminal. O sea: la criminalidad no es, definitivamente, una calidad ontológica, preexistente a la criminalización primaria, sino un status social negativo atribuido a través de los procesos de definición y mecanismos de reacciones (informales y formales).

d. El Planteamiento Abolicionista.

La llamada crisis de la criminología crítica también provocó, en cierto modo, la perspectiva abolicionista: la abolición de la pena de prisión y, después, del sistema de justicia penal. Porque, si la pena de prisión, como dice Foucault, es un instrumento de “disciplina y vigilancia”⁴⁹, si es, como

⁴⁷JAKOBS: Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, cit., p. 42.

⁴⁸DÍAS, Elías: “Realismo crítica y estado de derecho”, en Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 35-36.

⁴⁹FOUCAULT: Vigilar e Punir ob. cit., p. 252.

escribió Pavarini, “un proyecto hegemónico de control y dominación”, y por fin, si la cárcel tiene más perjuicios que beneficios, entonces es legítima la idea de abolición de la prisión y del sistema penal, sobre todo para fortalecer otras formas de resolución de los conflictos humanos.

Sin embargo, el abolicionismo parte del sueño del paraíso perdido, la comunidad de solidaridad que buscamos y que todavía no encontramos, pero que no dejamos de buscar en nuestras ideas de organización social. Es algo como la imaginación, que, “a diferencia de las duras realidades de la vida, es un lugar de expansión de la libertad sin trabas”⁵⁰. Por ello es correcta la crítica realista de que el planteamiento de la perspectiva abolicionista no es nada más que un discurso utópico y de poquísima utilidad práctica en la actualidad, incluso, en algunas regiones marginales del poder planetario, como por ejemplo, en la realidad latinoamericana. Es demasiado peligroso para el Estado democrático de derecho, puesto que puede reforzar el poder hegemónico de las élites económicas, que tomarían por asalto lo poco que hay de riqueza del pueblo. Y ese peligro del discurso abolicionista es también identificado por Luigi Ferrajoli cuando dice que “resulta idóneo para fundamentar más que sistemas ilimitadamente autoritarios en tanto que entregados al juego libre y desenfrenado de los poderes, poco importa que sean individuales, sociales o políticos”⁵¹.

Así Muñoz Conde y García Arán:

“Las perspectivas abolicionistas pertenecen, hoy por hoy, al mundo de las utopías y, en todo caso, no pueden plantearse al margen de un determinado modelo de sociedad y Estado; y los modelos de sociedad y Estado que conocemos en el presente y en el pasado, y podemos prever en un futuro a corto o medio plazo no parece, desde luego, que puedan prescindir de esa última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más graves a los bienes más importantes de sus respectivos sistemas de valores”⁵².

La abolición de los delitos solamente puede existir debajo de la abolición del sistema criminógeno de dominación y control, como explican Taylor, Walton y Young: “Sólo cuando las fuerzas materiales se desarrollen hasta el punto en que se puedan abolir la dominación de clase y el imperio del Estado, tendrá sentido hablar de derecho como manifestación de la voluntad. En otras palabras, sólo en esas condiciones es posibles concebir una sociedad libre de delitos”⁵³. Así, en efecto, “seguridad sin libertad equivale a esclavitud” (p. ej., el derecho penal del enemigo), mientras que también “libertad sin seguridad equivale a estar abandonado y perdido (y, a fin de cuentas, sin una inyección de

⁵⁰BAUMAN: ob. cit., p. 10.

⁵¹FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, p. 252.

⁵²MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN: ob. cit., p. 69. El carácter antitético de los proyectos abolicionistas y su común vicio utópico y regresivo también es señalado por FERRAJOLI: ob. cit., p. 251: “Una especie de proyección hacia el futuro de las dos correspondientes y opuestas mitologías del 'estado de naturaleza', la de la sociedad sin reglas que queda presa del bellum omnium contra omnes y la de la idílica sociedad primitiva no contaminada por conflictos intersubjetivos. En segundo lugar, estas doctrinas, ya sean radicales u holistas, eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del derecho penal -de la cantidad y calidad de las penas, de la cantidad y calidad de las prohibiciones, de las técnicas de comprobación procesal-, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo”.

⁵³TAYLOR-WALTON-YOUNG: ob. cit, p. 231.

seguridad, demuestra ser un tipo de libertad sumamente esclava)”⁵⁴, por ejemplo, el abolicionismo en una sociedad desigual.

e. La Modernización del Derecho Penal y las Tres Dimensiones de Resistencia Libertadora Fundadas en una "Ética de la Alteridad": Derecho Penal Mínimo, Garantismo y Uso Alternativo del Derecho.

La historia del derecho penal pone de manifiesto que los sectores privilegiados de la sociedad de capital nunca son alcanzados, y que están inmunizados al control penal aunque provoquen daños sociales muy graves, mientras que las franjas más débiles y marginales son siempre seleccionadas, aunque provoquen daños sociales pequeños o insignificantes. Piénsese, en el primer caso, en los delitos de corrupción, de los delitos del poder político, de la criminalidad económica, de los atentados contra el medio ambiente. Y piénsese, en el segundo caso, que también la gran mayoría de la “población penal” está integrada por gente que cometió lesiones a la propiedad o tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, si la sanción no alcanza a aquellas primeras conductas lesivas que son las que violan los derechos humanos (y eso es un obstáculo al crecimiento del Estado y del desarrollo de los ciudadanos), entonces no se puede legitimar el actual sistema de punición de los seleccionados por el poder punitivo. Así, en cuanto la realidad social no cambie, es necesaria una nueva dirección del derecho penal, rumbo a la transformación social, hacia otra capa o estrato social, pues sólo así se podrá legitimar un sistema penal (por la mayoría).

En efecto, se trata de una política criminal de una nueva dirección: cambiar el foco de concentración de los sectores subalternos y marginales, que es la realidad de operación del sistema penal, al camino inverso, de la penalización de los delitos graves practicados siempre por la clase dominante y que son los verdaderos atentados contra los derechos humanos, pero que hasta ahora solamente no se beneficia de la impunidad en los casos de “pérdida de la cobertura”, lo que es muy raro que suceda.

En definitiva, en política criminal alternativa a partir de las clases subalternas y teniendo los derechos humanos como referente material significa: por un lado, máxima descriminalización y despenalización de las conductas de las clases subalternas (ataques a la propiedad, aborto, delitos en ámbito del privado y de acción privada, delitos sin víctimas y todos los relacionados con la criminalidad vinculada a las drogas), que son las causas de la ineficiencia y morosidad de la justicia criminal; por otro, fuerte concentración derecho penal en la protección de los bienes lesionados por las clases dominantes e incluidas en los beneficios de la sociedad del capital, que son las verdaderas violaciones de los derechos humanos, por ejemplo: los delitos de corrupción, económicos o medioambientales (aquí, es evidente, un trabajo conjunto con el derecho administrativo sancionador, pero reservado al derecho penal la punición a los grandes ataques).

Las críticas de la ineficiencia de la justicia penal contra los poderes dominantes no sólo justifican el mantenimiento del sistema social injusto y desigual, sino que también bloquean las tentativas de transformación en favor de los sujetos histórico-sociales (víctimas), mediante la razón

⁵⁴BAUMAN: ob. cit., p. 27.

⁵⁵DUSSEL, Enrique: *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Trota, Madrid, 1998, p. 500.

estratégico-crítica que, en su ejercicio último, realiza la acción transformadora, como dice Enrique Dussel,⁵⁵ pero sin la negación del otro. Es decir, con una ética de solidaridad que parte de las necesidades de la población de marginados y lucha por su emancipación. Por tanto, cuando se delimita claramente el campo de incidencia y se eliminan las barreras jurídicas por las que solamente esa criminalidad tiene privilegio, se cierra la red de punición y se evitan ajustes jurídicos para imposibilitar la impunidad. Luego, se crea en esta comunidad de mismidad una red de responsabilidad ética, de compromiso a largo plazo, de derecho intransferible y de obligaciones irrenunciables.

Al contrario de lo que sustenta la crítica de la derecha, la postura antes expuesta no viola el principio de igualdad o cualquier de los otros principios de derecho penal liberal de limitación del poder: no quebranta el principio de la igualdad porque las situaciones son de desigualdad completa y, -por tanto, para una sociedad más igualitaria es imprescindible el tratamiento desigual a los desiguales, como consecuencia de la función material de este principio;⁵⁶ no viola el principio de intervención mínima porque el uso del derecho penal está dirigido al bien jurídico de mayor significación, no tutelado satisfactoriamente por otras ramas del ordenamiento; no viola el principio de legalidad (*nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*) porque los tipos pueden ser definidos, incluso para la penalización de los poderes dominantes, conforme los postulados de certeza (taxatividad), anterioridad de la ley (irretroactividad), prohibición de analogía y costumbres en malam parte; en fin, no viola en principio de culpabilidad (imputabilidad, conciencia del injusto y exigibilidad de conducta diversa) porque la concentración en los sectores desfavorecidos y débiles de la sociedad no parece desaparecer y, aunque eso llegue a existir en un futuro lejano, siempre se debe exigir más de los que así pueden actuar y menos de los que no pueden, como una manera de compensación por la situación de vida, tal como acontece en la interesante construcción dogmática que realiza Zaffaroni acerca de lo que llama “coculpabilidad”⁵⁷.

⁵⁶En sentido completamente contrario, en un artículo escrito con marcada agresividad y financiado por el Fondo Nacional Suizo de la Investigación Científica, AEBI, Marcelo F.: “Crítica de la criminología crítica: una/lectura escéptica de Baratta”, en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 40, sustenta que la “Política criminal de las clases subalternas propuestas por Baratta reposa sobre una concepción autoritaria de las relaciones sociales y viola el principio de igualdad ante la ley”. Además, para el conservadorismo de este autor, la visión barattiana se esconden una serie de ideas de neto “corte autoritario e intolerante”, de “arenga revolucionaria”, “no científica”, “incompatible con un sistema democrático”, que instaura una “dictadura del proletariado”, que tiene una “función política” y, por lo tanto, que no es “neutral”, pues que, según él, Baratta adopta un modelo para el científico típico del abogado defensor y no del juez. Ahora bien, la respuesta, de otro nivel intelectual y en trato demasiado amistoso o quizá irónico, ya fue dada por LARRAURI, Elena: “Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi...”, cit. Pero todavía es menester lamentar cómo un artículo como éste haya sido publicado en una homenaje al sobresaliente Prof. Baratta, pero con errores serios de la historia mundial: por ejemplo, decir que las dictaduras en nuestro margen latinoamericano son consecuencia de las ideas de izquierda de “jóvenes mimados del Estado de bienestar social” (¡pobres Taylor, Walton y Young!), de las “ideas de la criminología crítica y de otras corrientes de pensamiento marxistas surgidas en los países centrales en los años 1960 y 1970”, es tan estúpido como decir que las ideas de liberación de José de San Martín y Simón Bolívar condujeron a nuevas colonizaciones dictaduras en los países centrales. En las ideas no tienen ninguna relación de causa y efecto y, sobre todo, porque las dictaduras en América del Sur fueron todas de derecha (y es claro, salvo que el autor considere a Salvador Allende, que fue presidente de Chile de 1970/1973, un dictador, pero eso no es verdad (y parece ser), entonces por cierto también piensa que Pinochet, que se quedó en el poder de 1973/1990, es un verdadero demócrata.

⁵⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 64.

La criminología crítica, entonces, tiene un proyecto alternativo: derecho penal mínimo en el marco de una política de las clases subalternas y teniendo como referente único los derechos humanos en una concepción histórico-social.⁵⁸ En otras palabras, una posición minimalista del derecho penal para corto y medio plazo y, después de cambiar la sociedad del capital, abolición de las penas privativas de libertad y del sistema de derecho penal desigual. Y por minimalista se entiende un programa criminal que asume la necesidad de justicia social y el concepto de derechos humanos con doble función: una negativa, de límites de intervención penal; otra positiva, de definición del objeto de tutela del derecho penal.⁵⁹

No obstante, es necesario el garantismo penal y el uso alternativo del derecho. El garantismo es necesario para evitar que el modelo penal garantista constitucional sea uno y la práctica de la justicia sea otra. O sea, la divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.⁶⁰ Por garantismo entiéndase lo que enseña el propio Ferrajoli:

“Una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el Estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o éticopolítico) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él”.⁶¹

Finalmente, en lo que se refiere al uso alternativo del derecho y, en particular, del uso alternativo del derecho penal, es menester decir que el operador del derecho (los fiscales y, sobre todo, los jueces) debe asumir el papel, incluso contra la ley cuando ella es injusta, de contención y reducción del poder punitivo en favor de las clases subalternas, de las minorías étnicas y de los que representan culturas diferenciadas en la sociedad, dado que son ellas las grandes víctimas de las violaciones contra los derechos humanos en una concepción histórico-social.⁶² Como dice Dussel, “admitir la coacción legítima no es aceptar la dominación como constitutiva de la legitimidad”⁶³, tanto más porque “para esos nuevos sujetos socio-históricos la coacción 'legal' del sistema vigente (que causa su negación y los constituye como víctimas) ha dejado de ser 'legítima’”⁶⁴. Por lo tanto, se crea

⁵⁸Véase BARATTA, Alessandro: “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”, en *Criminología y sistema penal*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006, p. 303. Así también parece ser ZAFFARONI, Eugenio R.: *Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal*, Revan, Rio de Janeiro, 1991, pp. 16-17, cuando dice: “O direito serve ao homem -e não contrário-, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem”.

⁵⁹Véase BARATTA: *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, cit., p. 299.

⁶⁰FERRAJOLI: ob. cit., p. 851.

⁶¹Ídem, p. 854.

⁶²En este sentido, de función de contención y reducción del poder punitivo que deben realizar tanto la dogmático cuanto los operadores, véase ZAFFARONI, Eugenio R.: “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en *En torno de la cuestión penal*, B de F Buenos Aires, 2005, p. 159: “El saber jurídico que se destina a la práctica de los operadores jurídicos (y, por ende, lo distinguimos cuidadosamente de la legislación penal y del ejercicio real del poder punitivo), el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del Estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener y reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo”.

⁶³DUSSEL: ob. Cit., p. 540.

⁶⁴Ídem, p. 541.

una cultura penal alternativa fundada, antes que todo, en una “ética de la alteridad” y en los valores del colectivo social más excluido y oprimido, imponiéndose, en efecto, una “praxis de liberación” que “transforma la realidad (subjetiva y social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctima”.⁶⁵ La criminología, en fin, cumple una acción crítico-deconstructiva del derecho penal, primero, y después, constructiva por transformación, ahora por las manos de la política criminal.

V. Algunas Conclusiones.

Las cuestiones mencionadas en el presente ensayo pueden ser condensadas en estas conclusiones:

- a. El pensamiento de la criminología tradicional (criminología etiológica) viene fundamentado en la idea de que el delito y la criminalidad son “realidades ontológicas” y que el criminal es un “sujeto anormal” determinado a la práctica de los delitos, debido a características biológicas y psicológicas clínicamente observables por el investigador criminólogo.
- b. La teoría del labeling approach provocó una ruptura del paradigma epistemológico en el pensamiento criminológico, en la medida en que parte del principio de que el crimen y la criminalidad no son calidades ontológicas y naturales, preexistentes al proceso de criminalización, sino un status social negativo atribuido (“realidades construidas”) mediante los procesos de definición (informales y formales) y mecanismos de reacciones (informales y formales).
- c. La criminología crítica superó la teoría del labeling approach porque estudia el crimen, la criminalidad y el funcionamiento del sistema de justicia penal en el contexto de las estructuras objetivas de las relaciones económico-sociales. Una superación porque cuestiona la sociedad capitalista moderna, la estructura social y el contexto socioeconómico en que se produce un conflicto social (explica las razones políticas de por qué algunas personas son seleccionadas por el sistema penal y por qué otras no).
- d. La “sociedad del riesgo” un espacio en que se lleva una “vida de riesgo, una vida en la que “se colapsa la idea misma de controlabilidad, certidumbre o seguridad”, ha conducido la ciencia global de derecho penal a las siguientes reflexiones: el derecho penal no es eficaz para el combate de las nuevas demandas sociales con sus instrumentos dogmáticos y, por ende, se habla ahora de la expansión; las principales propuestas doctrinarias de resistencia a la expansión no son todavía adoptadas por la legislación e incluso son objetos de controversias; en fin, la criminología crítica presenta posiciones de retiro (ausencia de ofrecimiento de política criminal), de abolición total de la pena de prisión y del sistema de derecho penal y, por de política criminal alternativa de base minimalista
- e. Las sombras: 1. La neutralidad del saber no es de este mundo; no es cualidad de nadie y sí pura alienación personal por las manos del poder, que siempre construye, a su manera, el saber dominante en una sociedad y épocas determinadas. La criminología, por supuesto, no es un saber neutro y debe tener compromiso con la transformación de la realidad, por medio de la propuesta de política criminal para guiar el derecho penal hasta una comunidad

⁶⁵Ídem, p. 553.

buscada e imaginada, de solidaridad, de menos violencia y más respecto a los derechos humanos; 2. La política criminal derivada de la ideología de la seguridad urbana tiene un corte racista y autoritario. Es un tratamiento a los pobres, después del confinamiento espacial y socialmente, como un “tratamiento de residuos” cuando ya no son útiles como un “ejército de productores en la reserva” y se han convertido en consumidores fallidos y por tanto también inútiles; 3. El derecho penal del enemigo es incompatible con el Estado de derecho, en la medida en que infringen los principios éticos (basados en la libertad y autonomía individual), políticos (carácter democrático y participativo) y jurídicos (construcción de un sistema de protección de las libertades y derechos fundamentales), que constituyen la verdadera razón de su existencia; 4. El abolicionismo es, en la actualidad, un discurso utópico, de poquísima utilidad práctica y además antigarantista, incluso peligroso porque alimenta sistemas ilimitadamente autoritarios.

- f. Las luces: la criminología puede cumplir una acción crítica y deconstructiva del derecho penal, primero, y después, constructiva por transformación. Así, por un lado, un discurso de deconstrucción del horizonte conceptual del derecho penal tradicional, por medio de la mezcla de los enfoques interaccionista y materialista; por otro, un discurso de construcción mediante una política penal alternativa a partir de las clases subalternas y teniendo como referente único los derechos humanos en una concepción histórico-social, con dos consecuencia principales: penalizar los comportamientos de las clases dominantes históricamente excluidas del poder punitivo (criminalidad de los poderosos) y responsables por las grandes violaciones de los derechos humanos en una concepción histórico-social; reducir, fundado en la teoría de las necesidades, en la ética de la alteridad y en el uso alternativo del derecho penal, el poder punitivo en favor de las clases subalternas, de las minorías étnicas y de los que representan culturas diferenciadas en la sociedad, verdaderas víctimas de la sociedad capitalista y, por supuesto, del proyecto burgués y hegemónico del derecho penal tradicional.

Bibliografía

AEBI, Marcelo F.: “Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta”, en Serta in Memoriam Alexandri Baratta, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

ANITUA, Gabriel I.: Historias de los pensamientos criminológicos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

BARATTA, Alessandro: “Che cosa è la criminologia critica?”, en Dei Delitti e delle Pene, n. 3, 1985.

_____. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal, Revan, Rio de Janeiro, 2002.

_____. Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción à Sociología jurídico-penal, Siglo XXI, México/Madrid, 1986.

_____. “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), en Criminología y sistema penal, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006.

BAUMAN, Zygmunt: Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil, Siglo XX, Madrid, 2003.

BECK, Ulrich: La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez: A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal, disponible en: <<http://www.cirino.com.br>>

DIAS, Jorge de Figueiredo, y ANDRADE, Manuel da Costa: Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena, Coímbra, Coímbra, 1984.

DÍAS, Elías: “Realismo crítica y estado de derecho”, en Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli, Anthropos, Barcelona, 2006.

DUSSEL, Enrique: Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión, Trotta, Madrid, 1998.

FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995.

FOUCAULT, Michel: Vigiar e punir; ed., Vozes, Petrópolis, 2006.

_____. É preciso defender a sociedade, Lisboa, Livros do Brasil, 2006.

GARLAND, David: La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Gedisa, Barcelona, 2005.

HASSEMER, Winfried: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

_____. La responsabilidad por el producto en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

_____, y MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a la criminología y al derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

JAKOBS, Günther: “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, en JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIA, Manuel: Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

_____. Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997.

LARRAURI, Elena: La herencia de la criminología crítica, ed., Siglo XXI, México, 1992.

_____. “Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi: 'Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta’”, en RDPyC No. 17, 2006.

KUHN, Thomas S: La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

GRACIA MARTÍN, Luís: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MARX, Karl, y ENGELS, Friedrich: “Manifiesto del Partido Comunista”, en Fundamentos II, vol. IV, ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

_____. Ideología alemana, Vida Nueva, Buenos Aires, 1958.

MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo: Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, Siglo XXI, México, 1979.

MENDOZA BUERGO, Blanca: El derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PAVARINI, Massimo: Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, México, 1983.

ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 2001.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul, y YOUNG, Jock: La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Amorrortu, Buenos Aires, 1997.

WACQUANT, Loïc: Punir os pobres, Revan, Río de Janeiro, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Tratado de derecho penal. Parte general, vol. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982.

_____. Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal, Revan, Rio de Janeiro, 1991.

_____. Criminología. Aproximación desde un margen, Themis, Bogotá, 2003.

_____. “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en En torno de la cuestión penal, B de F, Buenos Aires, 2005.

LA LUCHA CONTRA EL HURTO DE IDENTIDAD: LAS DIFERENTES PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS*

Por: Dr. Iván Salvadori, LL. M.**

Resumen:

El presente artículo busca hacer un estudio sobre la definición del delito de hurto de identidad así como sobre las diversas conductas que componen este delito para posteriormente analizar los diferentes enfoques legislativos que se le han dado este problema en algunos ordenamientos jurídicos.***

Palabras Clave:

Delitos Informáticos; Hurto de Identidad; Tipicidad; Obtención Ilícita de Datos.

Abstract:

This article offers a study on the definition of identity theft as well as on the various behaviors that integrate this crime to further analyze the different legislative approaches given to this problem in several legal systems.

Key Words:

Cybercrime; Identity Theft; Typification; Unlawful Acquisition of Data.

Sumario:

1. Introducción. 2. La definición de hurto de identidad. 3. Las tres fases del hurto de identidad. 4. La lucha contra el hurto de identidad. Aspectos de derecho comparado. 4.1. La experiencia jurídica en los Estados Unidos. 4.2. La aproximación legislativa europea. 5. Consideraciones finales y perspectivas de jure condendo.

*Artículo presentado para una investigación llevada conjuntamente por la Agencia de Protección de Datos, la Sociedad Internacional de Derecho Penal y el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla la Mancha, publicado previamente en el libro “Robo de Identidad y Protección de Datos”, Cizur Menor: Aranzadi, (2010).

**Licenciado en Derecho por la Università di Trento (Italia), Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Pompeu Fabra (España), Doctor en Derecho y Economía de la Empresa de la Università di Verona (Italia). Profesor e investigador en derecho penal informático de la Università de Verona. Página de internet: www.ivansalvadori.net. E-Mail: ivan.salvadori@univr.it

***Resumen agregado por la editora.

I. Introducción.

Tal como ponen de manifiesto recientes estudios realizados por destacados centros de investigación, el hurto de identidad representa actualmente un fenómeno de masas en continua expansión, no sólo en los Estados Unidos de América sino también en Europa.¹ Según la Federal Trade Commission cerca de diez millones de ciudadanos americanos cada año son víctimas de un hurto de identidad.² Se calcula que los ID-crime causan anualmente a las empresas y a los consumidores americanos daños por un valor de alrededor de cincuenta billones de dólares.³ El hurto de identidad también representa una seria amenaza para la economía inglesa. Según los datos suministrados por Home Office Identity Fraud Steering Committee las pérdidas económicas debidas al identity theft superan cada año el billón de libras esterlinas.⁴

Resultan también notables los costes directos para los consumidores.⁵ Un estudio reciente ha calculado que las víctimas pierden de media cincuenta y ocho horas para resolver los problemas causados por el identity theft.⁶ El hurto de identidad ocasiona igualmente daños considerables a las empresas y comercios en términos de «consumer confidence»,⁷ obligándolas a instalar sofisticados software para proteger los propios sistemas informáticos y telemáticos y adoptar medidas preventivas técnico-organizativas idóneas. Estas medidas son necesarias no sólo para reducir los

¹ FTC, 2006 Identity theft Survey Report, disponible en <http://www.ftc.gov/os/2007/11/SynovateFinalReportIDTheft2006.pdf>; ITU, Understanding Cyber-crime: A Guide for Developing Countries, Draft, April 2009, 160, disponible en <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/itu-understanding-cybercrime-guide.pdf>. En relación a la situación en Europa v. VAN DER MEULEN, N., The Spread of Identity Theft: Developments and Initiatives within the European Union, 2007, en http://policechiefmagazine.org/magazine/index.cfm?fuseaction=display_arch&article_id=1190&issue_id=52007. Para la Federal Trade Commission (FTC) el hurto de identidad cuesta a los consumidores y a las empresas 50 billones de dólares al año; al respecto vd. Putting an End to Account-Hijacking Identity theft, disponible al sitio <http://www.ftc.gov>.

² FTC, Identity Theft Focus of National Consumer Protection Week, 2005, disponible en <http://www.ftc.gov/opa/2005/02/ncpw05.shtm>. Sustancialmente análogos son los datos ofrecidos por JAVELIN STRATEGY & RESEARCH, 2006, Identity Fraud Survey Report, January, 2006, 4, aunque este instituto de investigación, en contradicción con la mayor parte de los estudios sobre el hurto de identidad, afirma que en los últimos años el fenómeno está en disminución.

³ DEPT OF JUSTICE, A National Strategy to Combat Identity Theft, 2006, 1 ss., disponible en <http://www.cops.usdoj.gov/files/ric/Publications/eo3062303.pdf>

⁴ HOME OFFICE IDENTITY FRAUD STEERING COMMITTEE: Identity theft, Don 't become a victim, disponible en <http://www.identitytheft.org>

⁵ MITCHISON, N.; WILIKENS, M.; BREITENBACH, L.; URRY R; PORTESI, S., Identity Theft. A Discussion Paper; 2004, 9, disponible en <https://www.prime-project.eu/community/furtherreading/studies/IDTheftFIN.pdf>

⁶ ITRC, Identity theft: the Aftermath 2008, disponible en http://www.idtheftcenter.org/artman2/uploads/l/Aftermath_2008_20090520.pdf

⁷ MITCHISON, N.; WILIKENS, M.; BREITENBACH, L.; URRY R; PORTESI, S., Identity Theft. A Discussion Paper; 2004, 5, disponible en la página <https://www.prime-project.eu/community/furtherreading/studies/IDTheftFIN.pdf>

ataques procedentes del exterior, los llamados «outsiders» (hacker, cracker, delincuentes informáticos, terroristas, etc.), sino también los ataques cometidos por los llamados «insider», es decir, de empleados, colaboradores, y dirigentes deshonestos, que muy a menudo acceden de manera abusiva a los sistemas informáticos de las empresas para sustraer datos de diferente naturaleza (personales, sensibles, secretos).⁸

Pese a que la «cifra oscura» continúa siendo muy elevada, cada vez hay más denuncias de usuarios víctimas de hurto de identidad.⁹ Según los datos de la Federal Trade Commission, las denuncias relativas a los episodios de fraude han sido de ochocientos mil durante 2007.¹⁰ De éstos, el 32% han sido concernientes a casos de ID-crimes.

Aunque los estudios estadísticos y criminológicos están en constante aumento, no existe aún una definición generalmente aceptada del identity theft.¹¹ No se trata de una simple cuestión nominal. De la determinación precisa de las conductas de identity theft depende, sobre todo, la decisión acerca de si resulta preciso introducir en los ordenamientos jurídicos nuevas y específicas figuras delictivas. Igualmente delimitar este concepto resulta un presupuesto necesario no sólo para establecer las dimensiones reales del fenómeno sino también para estimar su relevancia económica.

Dados los límites de este trabajo, a continuación se analizarán las principales definiciones de hurto de identidad elaboradas en diversos centros de investigación y organismos internacionales, y las contenidas en algunos ordenamientos jurídicos nacionales (par. 2). Después se estudiarán individualizadamente las diversas fases a través de las cuales puede ser cometido un hurto de identidad en el espacio cibernético (par. 3), a partir de estos resultados analizaré si, de jure condito, las ordenamientos nacionales contemplan ya esta nueva amenaza. En particular, se mostrará en este punto el diferente enfoque legislativo adoptado para atajar este problema que existe entre los Estados Unidos de América, tanto a nivel federal como estatal (par. 3.1), y en Europa (par. 3.2.). A la luz de los resultados de este análisis comparado se formularán de jure condendo, algunas breves consideraciones finales (par. 4).

II. La Definición de Hurto de Identidad.

Los organismos internacionales que se ocupan del fenómeno del hurto de identidad rara vez han definido el concepto de identity theft. Su definición también varía notablemente entre sistemas de common law y civil law. Si en la mayor parte de los Estados Unidos de América la gran mayoría de la literatura utiliza «identity theft», en Gran Bretaña se emplea con más frecuencia el término de «identity fraud».¹² En los países francófonos en lugar de identity theft se utiliza la expresión de «vol

⁸Sobre este tema vid. los datos ofrecidos por CSI, Computer Crime & Security Survey, 2008, según el cual, si bien en el 2008 los abusos cometidos por los insider se han disminuido de manera notable, respecto del año anterior, siguen siendo la segunda amenaza para la seguridad de las empresas después de la difusión de los programas de virus.

⁹V. OECD, Online Identity theft, 2009, 34-35, disponible en la página <http://www.oecd.org>. Sobre las causas principales de la llamada «cifra negra» v. NEWMAN, C. R.; McNALLY, M. M., Identity Theft Literatwti Review, 2005, 7, disponible en la página <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/210459.pdf>

¹⁰FTC, Consumer Fraud and Identity Theft Complaint Data, January-December 2007, 3.

¹¹V. MITCHISON, N., WILIKENS, M., BREITENBACH, L., URRY, R., PORTESI, S., Identity Theft, cit., 22; Cfr. Koops, B.J., LEENES, R., «Identity theft, Identity fraud and/or Identity related crime», DuD, núm. 30, 2006, 9, 553-556, que partiendo de la dificultad de definir el concepto de identity theft, prefiere hablar, de manera más general, de identity-related crime.

¹²En referencia a los diferentes enfoques utilizados a nivel nacional para definir el concepto de identity theft v. PAGET, Identity theft- McAfee White Paper, 2007, pg. 15.

d'identitè» o «usurpation d'identitè». Muy a menudo se nos refiere el fenómeno del hurto de identidad utilizando de manera indiferente expresiones tales como «phishing»¹³ o «account takeover».

Según la definición aportada por Home Office Identity Fraud Steering Committee del Reino Unido, el hurto de identidad consiste en la recogida de información relativa a la identidad de una persona con el fin de cometer un fraude de identidad (identity fraud), prescindiendo del hecho de que la víctima sea una persona viva o fallecida.¹⁴ La identity theft consiste por tanto en la apropiación indebida («misappropriation») de la identidad o de cualesquiera otros datos personales (por ej., fecha de nacimiento, dirección de casa, etc.)¹⁵ sin el consentimiento del interesado. Esta definición es substancialmente similar a la aportada por el CIFAS, organismo asentado en Inglaterra que se ocupa de la lucha por el fraude de identidad. Según esta definición, el hurto de identidad consiste en la apropiación de la identidad de una persona sin su consentimiento con el fin de obtener ventajas y servicios.¹⁶ Ambas definiciones resultan muy limitadas, en cuanto que sólo toman en consideración la obtención no autorizada de datos e información relativa a otra persona con el fin de cometer un fraude o de conseguir de manera indebida una ventaja o un servicio, pero dejan de lado las conductas de apropiación de datos personales ajenos realizados con el fin de cometer otros delitos o ilícitos diversos (p. ej., revelaciones de secretos, falsificaciones de datos, difusión de spam, malware, etc.).

Son pocas las legislaciones nacionales que en la actualidad definen expresamente el hurto de identidad.¹⁷ De acuerdo con § 15 U.S.C. 1681a (q) (3) de los Estados Unidos de América, el identity theft consiste en la utilización sin autorización de informaciones relativas a la identidad de otra persona para cometer un fraude.¹⁸ Al igual que ocurre con las definiciones anteriores, ésta puede resultar demasiado limitada desde el momento que cubre sólo aquellos comportamientos instrumentales para la comisión del fraude. Mucho más precisa es la definición aportada, también en Estados Unidos, por la Identity Theft and Assumption Deterrence Act (Identity Theft Act).¹⁹ De acuerdo con el § 18 USC 1028 (a) (7) comete hurto de identidad «quien transfiere, posee o utiliza, sin autorización, datos identificativos de otra persona con la intención de cometer; intentar o favorecer cualquier actividad

¹³Sobre la relevancia del phishing en la experiencia jurídica italiana v. FLOR, R., «Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente», in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 899 y ss, y sus referencias bibliográficas.

¹⁴HOME OFFICE IDENTITY FRAUD STEERING COMMITTEE, «Identity Theft occurs when sufficient information about an identity is obtained to facilitate identity fraud, irrespective of whether, in the case of an individual, the victim is alive or dead».

¹⁵El concepto de datos personales se utiliza normalmente, en un sentido amplio, con el fin de abarcar cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. En este sentido véase la noción de dato personal que se encuentra en el art. 2 (a) de la Directiva 95/46/CE, relativa a la tutela de las personas físicas referidas al tratamiento de los datos personales así como a la libre circulación de los mismos.

¹⁶CIFAS: «Identity Theft - (also known as impersonation fraud) is the misappropriation of the identity (such as the name, date of birth, current address or previous addresses) of another person, without their knowledge or consent. These identity details are then used to obtain goods and services in that person's name», disponible en la página <http://www.cifas.org.uk/default.asp?ediUd=561-56>.

¹⁷OECD; Online Identity Theft, cit. 47.

¹⁸§ 15 USC 1681a (q) (3): «The term "identity theft" means a fraud committed using the identifying information of another person, subject to such further definition as the Commission may prescribe, by regulation».

¹⁹Identity Theft and Assumption Deterrence Act, as amended by Public Law 105-318, 112 Stat. 3007 (oct. 30, 1998), disponible en la página <http://www.ftc.gov/os/statutes/itada/itadact.htm>.

ilícita que constituya una violación del derecho federal o que constituye un delito de acuerdo a las leyes estatales o de derecho federal».²⁰ Sustancialmente análoga resulta la definición elaborada recientemente por los expertos de la OECD, según la cual existe hurto de identidad cuando un sujeto sin autorización obtiene, transfiere, posee o utiliza datos personales de una persona física o jurídica con el fin de cometer, o en conexión con, un fraude u otro delito.²¹

III. Las Tres Fases del Hurto de Identidad.

Tal como se deriva de este breve análisis, de las definiciones principales de hurto de identidad, no existe consenso alguno sobre su concepto. Algunas hacen coincidir el hurto de identidad con la obtención o la apropiación ilícita de datos e informaciones personales ajenas. Más si el hurto de identidad se circunscribiera a un mero comportamiento de empoderamiento no autorizado de informaciones ajenas mediante instrumentos informáticos no existiría necesidad alguna de introducir una norma ad hoc para reprimir este fenómeno.²² De hecho, podría ser subsumido por el tipo penal de espionaje de datos, conducta que se sanciona penalmente en algunos ordenamientos nacionales.²³ Resulta paradigmático en este sentido el veterano tipo penal de espionaje de datos («Ausspähen von Daten»), introducido por el legislador alemán en el código penal a través de la Ley Segunda para la lucha contra la criminalidad económica (2. WiKG) del 1986.²⁴ El § 202a StGB, recientemente modificado por la 41 Ley de reforma del Código Penal²⁵ de 2007, castiga con pena de reclusión de hasta tres años o con la multa a «quien sin autorización se procura datos, no dirigidos a él y que están especialmente protegidos frente a un acceso indebido, superando las barreras de acceso».²⁶ Las otras definiciones de hurto de identidad se focalizan, en cambio, en la utilización ilícita, por parte del delincuente informático, de las informaciones personales ajenas para cometer un fraude u otra actividad ilícita. En estos casos, el hurto de identidad no asume una relevancia penal autónoma, configurándose como una conducta instrumental para la comisión de un fraude o de otros delitos. Tal como ha indicado la doctrina, los actos ilícitos realizados en la fase siguiente a la de obtención de datos e informaciones relativas a la identidad de otra persona, pueden ser abarcados en diferentes tipos de delitos (por ej. fraude informático, revelación de secretos, etc.).²⁷

²⁰§ 18 USC 1028 (a) (7): «knowingly transfers or uses, without lawful authority, of a means of identification of another person with the intent to commit, or to aid or abet, any unlawful activity that constitutes a violation of Federal law, or that constitutes a felony under any applicable State or local law».

²¹OECD, Online Identity Theft, cit., 16: «ID theft occurs when a party acquires, transfers, possess or uses personal information of a natural or legal person in an unauthorized manner with the intent to commit, or in connection with, fraud or other crimes».

²²En este sentido véase GERCKE M., Internet-related identity-theft, cit., 13. en referencia a las principales técnicas de espionaje de los datos vid. ITU, Understanding Cyber crime: A Guide for Developing Countries, Draft, april 2009, 23 y ss., disponible en la página <http://www.itu.org>.

²³Sobre este tema vid. ITU, Understanding Cyber crime, cit., 118–120.

²⁴Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), 15.5.1986.

²⁵Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG), 11.08.2007

²⁶§ 202a, comma 1, StGB: "Wer unbefugt Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft". Para un comentario § 202a StGB v. HILGENDORF, E., FRANK, T., VALERIUS, B., Computer und Internetstrafrecht, Berlín, Heidelberg, 2005.

²⁷En este sentido véase GERCKE M., Internet-related identity-theft, cit., 13.

Mucho más amplio es el enfoque seguido por el legislador federal estadounidense, que incluye en el hurto de identidad una serie de conductas «intermedias», ubicadas tras la primera fase de obtención de los datos personales ajenos, y la última de utilización de los mismos para cometer un fraude u otra actividad ilícita II § 18 USC 1028(a)(7). El legislador norteamericano criminaliza, de hecho, no sólo la utilización de los datos de identificación de otra persona con el fin de cometer un delito sino también la transferencia y la mera posesión de los mismos datos.

De las definiciones mencionadas se deriva que el hurto de identidad coincide substancialmente con una o más de las siguientes fases: obtención de informaciones personales (primera fase); posesión y/o la venta de información (segunda fase); utilización de información para cometer actividades ilícitas (tercera fase).²⁸

Las modalidades a través de las cuales un delincuente informático puede procurarse de manera ilícita datos e información que conciernen a la identidad de otra persona resultan muy diversas.²⁹ Tal como demostró la encuesta realizada por el Computer Security Institute (CSI) uno de los métodos más tradicionales para la obtención de datos personales es el hurto de un ordenador o de soportes de almacenamientos ajenos (USB, CD-ROM, DVD, etc.).³⁰ Otra técnica muy utilizada es el denominado «trashing» («dumpster diving» o «bin raiding»), consistente en buscar dentro de la papelería documentos (como, por ejemplo, tickets de compra, extractos de la cuenta corriente, recibos emitidos por los correos electrónicos, etc.) que permiten directa o indirectamente obtener datos personales y sensibles de otra persona.

La delincuencia informática está a la vanguardia de las nuevas tecnologías para procurarse informaciones personales ajenas en el ciberespacio. Paradigmáticas en este punto son las técnicas de «search engines» (como p. ej. «googlehacking» o el «googledork»), consistentes en la utilización de la enorme potencia de los motores de búsqueda para recoger información (datos personales, dirección de mail, número de la tarjeta de crédito, password, códigos de acceso, etc.), contenida normalmente en páginas web, chat-room, blog e social networks (como p. ej. Facebook, Twitter, Myspace, etc.).³¹ Cada vez es más frecuente también la utilización de sofisticadas técnicas de social engineering (como p. ej. el phishing, el pharming, el smishing, el vishing, etc.).³²

²⁸En la doctrina, véase por todos GERCKE M., *Internet-related identity-theft*, cit., 13, según el cual «the only consistent element of the identity theft definitions is therefore the fact, that the conduct is related to one or more of the following phases: act of obtaining identity-related information; act of possessing or transferring the identity related information; act of using the identity-related information for criminal purposes»; ITU, *Understanding Cyber-crime*, cit., 161. Análogamente v. SEGER, A., *Identity theft and the Convention on Cybercrime*, in UN-ISPAC, *Conference on the Evolving Challenge of identity-related Crime (Atti del Convegno di Courmayer, 30.11-2-12 2007)*. Parcialmente similar es la tripartición del identity theft propuesta por NEWMAN, C. R., McNALLY, M. M., *Identity Theft*, cit., 6, que distinguen entre «Acquisition», «Use» e «Discovery». Consideran que el hurto de identidad pueda ser descompuesto en cuatro fases (fishing for data; misappropriation; misuse y criminal action) MITCHISON, N., WILIKENS M., BREITENBACH L., URRY R., PORTESI S., *Identity Theft*, cit., 21.

²⁹Sobre este tema véase VICTOR, G. M., *Identity theft, its environment and proposals for change*, 18 *Loy. Consumer L. Rev.*, 2006, 276; TOWLE, H. K., *Identity theft: myths, methods, and new law*, 30 *Rutgers Computer & Tech. L.J.*, 2004, 247 y ss.

³⁰CSI, *Computer Crime & Security Survey*, 2008, 16; v. también McAFFE, *Identity Theft*, White Paper 2007, 5.

³¹Sobre los peligros para la identidad de los internautas que pueden derivar de un uso incorrecto de las redes sociales v. GARANTE PRIVACY, *Social networks: attenzione agli effetti collaterali*, disponible en la página <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1614258>.

³²Acerca de las principales técnicas de social engineering empleadas por la delincuencia informática con el fin de obtener ilícitamente datos de otro v. OECD, *Online Identity Theft*, cit., 22-28; McAFFE, *Identity theft*, cit., 7.

Otra modalidad empleada por los cracker con el fin de obtener datos de diversa índole (personales, secretos, etc.) es introducirse de manera abusiva en los sistemas informáticos y en las redes telemáticas ajenas o de difundir en red programas malware y spyware, que una vez instalados en el computer por parte de los usuarios más descuidados permiten a los ciber-delincuentes obtener el control remoto de las máquinas «infectadas».

Una vez obtenidos los datos y las informaciones relativos a la identidad ajenas los cyber criminals pueden transferirlos o venderlos a otros posibles infractores u organizaciones criminales o bien utilizarlos directamente para cometer otros delitos, para adquirir mercancías, productos o servicios, para difundir en la red programas de malware (virus, worm, etc.) o spam,³³ o para crear nuevas cuentas de correo electrónico etc. En este momento se trata de evaluar si, de jure condito, en los ordenamientos jurídicos nacionales existen ya normas idóneas para castigar en todo o en parte los comportamientos reconducibles a alguna de las tres fases en las que se articula el hurto de identidad, es decir, la obtención, la transferencia y posesión, y la utilización de informaciones personales de terceros con el fin de realizar un comportamiento ilícito.

IV. La Lucha Contra el Hurto de Identidad. Aspectos de Derecho Comparado.

a. La Experiencia Jurídica en Los Estados Unidos.

Los Estados Unidos han sido el primer país del mundo en introducir una norma penal ad hoc con el fin de castigar el hurto de identidad. En 1988 el Congreso aprobó la Identity Theft and Assumption Deterrence Act (Identity Theft Act) con el objetivo de modificar el Título 18 del US Criminal Code relativo a los fraudes y otras actividades conexas con los documentos de identificación y la información. En concreto la Identity Theft Act ha modificado el § 18 USC 1028 (a)(7), castiga «a quien transfiere, posee o utiliza sin autorización, medios de identificación de otra persona con la intención de cometer, intentar o favorecer cualquier actividad ilícita que constituye una violación de un derecho federal o que constituye un delito de acuerdo con las leyes estatales o federales».³⁴ Con la Identity Theft Penalty Enhancement Act de 2004³⁵ el legislador federal estadounidense introdujo en el § 18 USC 1028 (a)(1) un tipo penal agravado de identity theft que castiga «a quien durante y en relación con uno de los delitos graves previstos en la subsección c), de forma intencional transfiera, posea o utilice, sin autorización, medios de identificación de otra persona».³⁶

La totalidad de los cincuenta estados americanos tienen hoy una legislación penal ad hoc para sancionar el identity theft,³⁷ con una formulación típica similar. Las ID-theft State law sancionan principalmente las conductas de obtención, adquisición, transferencia, posesión y utilización de

³³En relación a la relevancia penal de la difusión de malware y spam en la red en la experiencia italiana v. SALVADORI, I., «Hacking, cracking e nuove forme di attacco ai sistemi di informazione. Profili di diritto penale e prospettive di jure condendo», en *Cyberspazio e diritto*, núm. 3, 2008, 329 y ss.

³⁴§ 18 USC 1028 (a)(7): «knowingly transfers, possesses, or uses, without lawful authority, a means of identification of another person with the intent to commit, or to aid or abet, or in connection with, any unlawful activity that constitutes a violation of Federal law, or that constitutes a felony under any applicable State or local law».

³⁵Identity Theft Penalty Enhancement Act, Public Law 108-275, 15 June 2004.

³⁶§ 18 USC 1028A (a) (1): «Whoever, during and in relation to any felony violation enumerated in subsection (e), knowingly transfers, possesses, or uses, without lawful authority, a means of identification of another person shall, in addition to the punishment provided for such felony, be sentenced to a term of imprisonment of 2 years».

³⁷The President's Identity Theft Task Force, *Combating Identity Theft: A Strategic Plan*, 2007, 53, disponible en la página <http://www.identitytheft.gov/reports/StrategicPlan.pdf>. Un elenco detallado de los ID Theft State laws está disponible en <http://www.ncsl.org/?tabid=12535>.

informaciones personales para cometer o intentar cometer un fraude u otra actividad ilícita. A este respecto resulta paradigmático el § 530.5 (a) del Código penal el Estado de California, que castiga a quien «de forma intencional obtiene informaciones personales relativas a otra persona y la utiliza para cualquier actividad ilícita o para obtener o intentar obtener bienes, servicios, ventajas económicas o informaciones médicas sin el consentimiento del interesado». ³⁸ El § 530.5 (c) (1) castiga además la conducta de quien con el fin de defraudar adquiere, transfiere o posee datos e informaciones relativas a otra persona. ³⁹

El § 530.55 (a) ofrece una definición muy amplia de «datos de identificación personal» (personal identifying information) que abarca, por ejemplo, número PIN, passwords, números de teléfono, dirección, número de las tarjetas de crédito, fecha de nacimiento, número del pasaporte, etc.

³⁸ § 530.5 (a) California Penal Code: «every person who willfully obtains personal identifying information, as defined in subdivision (b) of Section 530.55, of another person, and uses that information for any unlawful purpose, including to obtain, or attempt to obtain, credit, goods, services, real property, or medical information without the consent of that person».

³⁹ § 530.5 (e) (1) California Penal Code: «Every person who, with the intent to defraud, acquires or retains possession of the personal identifying information of another person, and who has previously been convicted of a violation of this section upon conviction therefore shall be punished by a fine, by imprisonment in a county jail not to exceed one year, or by both a fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison». Para un comentario de la legislación de California sobre identity theft v. DAVIS, L. M., With or without authorization, it's still identity theft, 33, McGeorge L. Rev., 2002, 231y ss.

⁴⁰ § 530.55 (a) California Penal Code: "For purposes of this chapter, "personal identifying information" means any name, address, telephone number, health insurance number, taxpayer identification number, school identification number, state or federal driver's license, or identification number, social security number, place of employment, employee identification number, professional or occupational number, mother's maiden name, demand deposit account number, savings account number, checking account number, PIN (personal identification number) or password, alien registration number, government passport number, date of birth, unique biometric data including fingerprint, facial scan identifiers, voiceprint, retina or iris image, or other unique physical representation, unique electronic data including information identification number assigned to the person, address or routing code, telecommunication identifying information or access device, information contained in a birth or death certificate, or credit card number of an individual person, or an equivalent form of identification».

⁴¹ § 13-2008 (a) Ariz. Rev. Stat.: «A person commits taking the identity of another person or entity if the person knowingly takes, purchases, manufactures, records, possesses or uses any personal identifying information or entity identifying information of another person or entity, including a real or fictitious person or entity, without the consent of that other person or entity, with the intent to obtain or use the other person's or entity's identity for any unlawful purpose or to cause loss to a person or entity whether or not the person or entity actually suffers any economic loss as a result of the offense, or with the intent to obtain or continue employment». El legislador de Arizona fue el primero en introducir una legislación estatal ad hoc en materia identity theft. Al respecto v. PASTRIKOS, C., Identity Theft Statutes: Which will Protect Americans the Most?, 67, Alb. L. Rev., 2004, 1138. Un comentario de la legislación del Estado de Arizona puede verse en v. GONZÁLEZ, E. M., The new Arizona Data Security Breach Law: a Step in the Right Direction, but Unlikely to Prevent Identity Theft: or Compensate Consumers, 40 Niz. St. L.J., 2008, 1349 y ss.

⁴² § 817.568 Fla. Stat. Ann.: «Any person who willfully and without authorization fraudulently uses, or possesses with intent to fraudulently use, personal identification information concerning an individual without first obtaining that individual's consent, commits the offense of fraudulent use of personal identification information, which is a felony of the third degree».

⁴³ § 32.51 (b) Texas Penal Code: «a person commits an offense if the person, with intent to harm or defraud another, obtains, possesses, transfers, or uses identifying information of: (1) another person without the other person's consent; or (2) a child younger than 18 years of age».

Muy similares son las formulaciones legislativas de los tipos penales de identity theft previstas en Arizona,⁴¹ Florida⁴² y Texas.⁴³

La elección político criminal de introducir una norma ad hoc en materia de hurto de identidad resulta acertada en cuanto que abarca todos los actos reconducibles a las tres fases mencionadas mediante las que se realiza el hurto de identidad tanto en el mundo real, como en el virtual.⁴⁴

La división entre las conductas típicas de transferencia de datos y de otras informaciones permite castigar gran parte de los comportamientos reconducibles a la primera fase del hurto de identidad.⁴⁵ Con todo no se incluyen en el área penalmente relevante aquellas hipótesis en las que la transferencia de la información se realiza por obra de la propia víctima, como ocurre por ejemplo en la utilización de técnicas sofisticadas de social engineering que permite al delincuente informático obtener directamente del usuario sus datos personales.⁴⁶ Igualmente todos los actos que conforman la segunda fase del hurto de identidad son penalmente relevantes, al poder ser subsumidos en la conducta típica de la posesión de información personal relativa a otra persona. El castigo, finalmente, de la utilización de datos e información personal para realizar un delito, permite sancionar las conductas que se incluyen en la tercera fase del hurto de identidad [§ 18 USC 1028 (a) (7)].

b. La Aproximación Legislativa Europea.

La aproximación legislativa efectuada por la mayoría de los países europeos en la lucha contra el fraude de identidad es diversa a la de los Estados Unidos. En Europa ningún ordenamiento jurídico nacional contiene una norma penal ad hoc para castigar el identity theft.⁴⁷ Igualmente el Convenio sobre cybercrime del Consejo de Europa, que ha sido tomado como modelo por numerosos Estados miembros (como por ejemplo, Alemania, Austria, Italia, Bélgica, Francia, Rumania, etc.) para implementar las normas penales nacionales relativas a la criminalidad informática, no contiene un tipo penal específico de hurto de identidad, y lo mismo cabe indicar de la Decisión marco de la UE 2005/222/JAI sobre ataques a sistemas de información.⁴⁸

Esta carencia de normas no significa sin embargo que el hurto de identidad no sea penalmente relevante en Europa. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contienen normas penales que permiten sancionar casi todos los comportamientos incluidos en alguna de las tres fases en las que se articula el hurto de identidad cometido mediante la utilización de tecnología informática.⁴⁹

⁴⁴GERCKE M., Internet-related identity-theft, cit., 20; ITU, Understanding Cyber Crime, cit., 161.

⁴⁵En este sentido v. GERCKE M., Internet-related identity-theft, cit., 21.

⁴⁶Sobre las principales técnicas de social engineering empleadas por la delincuencia informática con el fin de obtener datos personas de terceros v. OECD, Online Identity theft, cit., 22-28.

⁴⁷MITCHISON N., WILIKENS M., BREITENBACH L., URRY R., PORTESI S., Identity Theft, cit., 23; OECD, Online Identity Theft, cit., 47.

⁴⁸Un análisis comparativo de la Convención cybercrime y la Decision marco 2005/222/JAH v. DE HERT P., GONZALES G.F., KOOPS, B.J., «Fighting Cyber-crime in the two Europes: the Added Value of the EU Framework Decision and the Council of Europe Convention», International Review of Penal Law, 77 (3-4), 2007, 503 y ss.

⁴⁹MITCHISON N., WILIKENS M., BREITENBACH L., URRY R., PORTESI S., Identity Theft, cit., 24.

⁵⁰En la doctrina vid. por todos GERCKE M., Internet-related identity-theft, cit., 22-25, quien considera que parte de los comportamientos reconducibles a la primera fase del hurto de identidad pueden ser subsumidos también en el tipo de data interference o de system inteference.

En relación a la primera fase, la obtención ilícita de datos e informaciones personales de un tercero, resultan de aplicación los tipos penales de acceso abusivo a sistemas informáticos y de interceptación de datos de información.⁵⁰ Puede servir como ejemplo la conducta del cracker que, después de introducirse abusivamente en un sistema informático, obtiene datos memorizándolos o la conducta de *invite domino* a través de la que se instalan en el sistema informático de un tercero programas, por ejemplo, de *Spyware* (como por ejemplo *Trojan Horse*, *Keylogger*; *Sniffer*, etc.) con el fin de interceptar las comunicaciones electrónicas y apoderarse ilícitamente de datos (personales, sensibles, secretos) pertenecientes a una tercera persona.

Al día de hoy son numerosos los legisladores nacionales europeos, que con el fin de cumplir con obligaciones supranacionales, en particular las del Convenio sobre *cybercrime* del Consejo de Europa, han introducido normas *ad hoc* que castigan el acceso abusivo a sistemas informáticos y la interceptación de datos informáticos.⁵¹ En este sentido resulta paradigmática la reciente reforma alemana, mediante la 41 Ley de reforma del Código Penal de 2007 que además de modificar el § 202 a del StGB con el objeto de sancionar a quien obtiene sin autorización y violando las medidas de seguridad, el acceso a datos de los que no es el destinatario y que están protegidos específicamente contra el acceso, al que no tiene derecho, ha introducido en el 202b un nuevo tipo penal *ad hoc* para sancionar la interceptación de datos informáticos. El nuevo § 202b StGB castiga a «quien sin autorización se procura datos, no dirigidos a él y que están especialmente protegidos frente a un acceso indebido, superando las barreras de acceso».⁵²

Los comportamientos que se incluyen en la tercera fase del hurto de identidad, es decir, la utilización de datos y de la información para cometer un fraude u otra actividad ilícita no presentan especiales problemas en el terreno práctico. En estos casos, se puede aplicar, sin duda alguna, el tipo de fraude informático, de difusión de programas de software malicioso etc., eventualmente en la forma de tentativa.⁵³ Sin embargo, mayores problemas se presentan en relación a la incriminación de los actos (intermedios) de transferencia, detención y posesión ilícita de datos y de información personal de terceros. En estos supuestos, el ámbito de aplicación del tipo penal de mala utilización de dispositivos o (*misuse of device*) resulta demasiado exiguo para englobarlos a todos.

La mayor parte de los legisladores penales europeos que han implementado el artículo 6 del Convenio sobre Cibecrimen (CoC) relativo a actos de *misuse of device* amparándose en la reserva del

⁵¹En relación a las diversas técnicas de implementación del tipo de acceso abusivo interceptación de datos previstos respectivamente en los arts. 2 y 3 del Convenio *cybercrime* del Consejo de Europa por parte de las legislaciones nacionales v. PICOTTI, L., SALVADORI, I., «National legislation implementing the Convention on Cybercrime», Working paper disponible en la página <http://www.coe.int>.

⁵²§ 202b StGB: «Wer unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist». Un primer comentario de los nuevos tipos penales introducidos en el CP Alemán por la 41 Ley de reforma puede verse en SCHUMANN, K. H., *Das 41. «StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität»*, in *NStZ*, 2007, 67; ERNST, S., «Das neue Computerstrafrecht», *NJW*, núm. 37, 2007, 2661 y ss.; GRÖSELING, N., HÖFINGER, F. M., *Hacking und Computerspionage. Auswirkungen des 41. «StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität»*, *MMR* núm. 9, 2007, 549 y ss.

⁵³En este sentido, GERCKE M., *Internet-Related identity-theft*, cit., 26-27.

⁵⁴En argumento v. PICOTTI, L., SALVADORI, I., *National legislation*, cit.

artículo 6, no han mantenido la sanción penal de la mera posesión de contraseñas, códigos de acceso u otros datos análogos que permitan acceder a un sistema informático.⁵⁴ Las normas nacionales castigan generalmente sólo la venta, la puesta a disposición y la difusión de dichos datos con la finalidad de cometer un delito CIA, esto es, un delito contra la privacidad, integridad y disponibilidad de los datos y del sistema informático (acceso ilícito, interceptación de datos informáticos, daños a los datos y a los sistemas informáticos). Estas normas resultan por tanto demasiado limitadas desde el punto de vista del elemento objetivo (al no hacer referencia a datos personales sino sólo a los códigos de acceso) y del elemento subjetivo (no estando previsto el fin de cometer un fraude informático sino sólo un delito CIA), para poder castigar la mera posesión de datos personales para cometer un fraude u otra actividad ilícita.

La transferencia, captura, posesión, recolección y más en general, el tratamiento no autorizado de datos e información relativa a la identidad de otra persona puede, no obstante, constituir una infracción a la normativa en materia de tutela de datos personales.⁵⁵ Ya con la Directiva 95/46/CE el legislador comunitario había establecido que para proceder de modo lícito a la recolección, conservación, en una palabra, al tratamiento de los datos personales era necesario obtener previamente el consentimiento de su titular [art. 7, letra. a)]. El artículo 2 (a) de la Directiva define de forma amplia el concepto de datos personales comprendiendo cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable.⁵⁶ Tal definición resulta por tanto idónea para cubrir muchas de las informaciones y datos relativos a otros usuarios que los delincuentes informáticos pueden encontrar ilícitamente en la web (como, por ejemplo, direcciones e-mail, códigos fiscales, números telefónicos, fecha de nacimiento, número de tarjeta de crédito, etc.). La conducta del delincuente informático que procede a la recogida, conservación, elaboración o, en síntesis, el tratamiento de datos personales sin el consentimiento expreso del titular a cuyos datos se refieren, viola por tanto la normativa en materia de privacy. Resulta ilustrativa, en este sentido, la legislación italiana. El art. 167, inciso 1, del Decreto Legislativo 196/2003 relativo al Código en materia de protección de datos personales castiga con la pena de reclusión de 6 a 18 meses «a quien con el fin de obtener para sí o para otro un beneficio, u ocasionar un daño a un tercero, lleva a cabo el procesamiento de datos personales en violación de lo dispuesto en los artículos 23, 130 (...) si del hecho se deriva el perjuicio».⁵⁷ Por consiguiente, cuando el consentimiento del interesado no se ha rechazado previamente, el tratamiento de datos personales de otra persona, que se han obtenido en Internet, puede incluirse en el delito de tratamiento ilícito de datos personales del art. 167 del Decreto Legislativo 169/2003.⁵⁸

⁵⁵Sobre la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de intimidad v. http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/.

⁵⁶Art. 2 letra a.) «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: "datos personales" toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado"); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».

⁵⁷Para un comentario al art. 167 del DLeg 196/2003, V. MANNA, A., «Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento di dati personali», en *Dir. Inf. Inf.*, 2003, 745 y ss.; en el mismo sentido SALVADORI, I., «Il trattamento senza consenso di dati personali altrui reperibili su Internet costituisce reato?», en *Dir. pen. proc.*, núm. 4, 2006, 458 y ss.

⁵⁸Sobre este punto, acudimos a SALVADORI, I., «Il trattamento senza consenso di dati personali altrui», cit., 468 y ss.

⁵⁹Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the Committee of the Regions towards a general policy on the fight against cyber-crime, COM (2007), 267.

V. Consideraciones Finales y Perspectivas de Jure Condendo.

En su reciente comunicación «Hacia una política general en la lucha contra la criminalidad informática», la Comisión Europea evidenció la necesidad de introducir a nivel europeo una normativa ad hoc para sancionar el hurto de identidad.⁵⁹ Del análisis de la aproximación legislativa que se ha adoptado en Europa en la lucha contra el hurto de identidad se deriva que, aunque existen muchas normas que pueden ser aplicadas para contrarrestar este fenómeno (como por ejemplo, el acceso abusivo a un sistema informático, la interceptación de datos informáticos, el abuso de dispositivos, el hurto informático, etcétera), éstas no resultan idóneas para cubrir todos los actos reconducibles a las tres fases sobre las que se sustancian los delitos ID.

Para colmar esta laguna y favorecer la cooperación entre autoridades enfrentadas sería deseable que los legisladores nacionales europeos introdujeran en sus respectivos ordenamientos una norma ad hoc para castigar el hurto de identidad.⁶⁰ A tal fin, se puede tomar como modelo el precepto de hurto de identidad del Código Federal estadounidense, al que antes hicimos mención [§ 18 USC 1028 (a) (7)]. Una previsión normativa como ésta, facilitaría la represión de las cada vez más frecuentes conductas de identity theft que se cometen no sólo en el mundo virtual o cyberspace, sino también en el mundo real.

No obstante, la elección por el legislador estadounidense de castigar también la mera posesión de datos e informes relativos a la identidad de otra persona produce una gran perplejidad. Según la doctrina más autorizada, la mera tenencia no constituye un comportamiento humano, ni positivo ni negativo, sino más bien, simplemente, «una situación individual que por sí misma no constituye una infracción de ningún precepto o prohibición penal, y que sólo resulta inculpada por las sospechas que levanta».⁶¹

Aunque se pueda sostener que tales críticas carecen de fundamento dada la existencia en este tipo de previsiones de una conducta exterior (en la forma de comisión y/o omisiva)⁶² subsisten importantes dudas sobre la conformidad de una técnica de formulación normativa como ésta, con el principio de lesividad,⁶³ por anticipar de forma excesiva la consumación del delito, a una fase muy anterior a la verificación del resultado lesivo. La penalización de la mera posesión de los datos identificativos personales de una tercera persona representa una suerte de delito de peligro eventual

⁵⁹En este sentido, v. también Communication from the Commission, COM (2007), 267.

⁶⁰MANZINI, V., Trattato di Dir. Pen. It., vol. 1, V edición puesta al día (a cargo de P. NUVOLONE y G. D. PISAPIA), 1986, 460; v. también MARINUCCI, G., Il reato come azione, Milano, 1971, 167 y ss. En un sentido sustancialmente análogo, v., en la doctrina alemana, STRUENSEE, E., «Besitzdelikte», en SAMSON, E., DENCKNER, F., FRISCH, P., FRISTER, H., REIB, W. (Hrsg), Festschrift für Gerard Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden, 1999, 713 y ss. Mantiene que el delito de posesión es inconstitucional ya que no inculpa ningún comportamiento humano LACODNY, O., Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen, 1996, 323, ed. especialmente, nota 32.

⁶²GALLO, M., voce «Dolo», en Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 754-755. Sostiene que los delitos de posesión sean reconducidos a la hipótesis de la omisión propia e impropia. PASTOR MUÑOZ, N., Los delitos de posesión y los delitos de estatus: Una aproximación político-criminal y dogmática, Barcelona, 2005, 41-43. En contra STRUENSEE, E., «Besitzdelikte» cit., 719.

⁶³Sobre el principio de lesividad, v. más en general, MANES, V., Il principio di offensività nel diritto penale, Torino, 2005, con una referencia bibliográfica exhaustiva también a la doctrina extranjera.

⁶⁴Respecto a la distinción entre delitos de peligro necesariamente indirectos y delitos de peligro eventualmente indirectos, v. MARINUCCI, G., DOLCINI, E., Corso di diritto penale, III ed., Milano, 2001, 595.

indirecto.⁶⁴ La tenencia crea, de hecho, no sólo el peligro directo de la utilización por parte del criminal de los datos y las informaciones personales de otros para cometer una actividad (continuada) criminal (fraude informático, difusión de programas de software malicioso o correos basura, etc.), sino también el peligro indirecto de la cesión a terceros de la información que a su vez podrán usarla o cederla posteriormente a otros sujetos malintencionados. La incriminación de tales actos sería una manifestación de un derecho penal meramente preventivo dirigido a castigar actos en sí mismos equívocos que podrían desembocar en otros actos delictivos (fraude, difusión de software malicioso, correo basura, etc.), pero de hecho privados de relevancia penal alguna.⁶⁵

También suscita bastantes interrogantes, la utilización de un delito de dolo específico, que contendría un elemento subjetivo del injusto, con el fin de incriminar la «conducta» de poseer datos personales ajenos con la finalidad de cometer un fraude u otra actividad ilícita nos deja en un estado de perplejidad.⁶⁶ De hecho, no resulta fácil probar en juicio que el criminal posea los datos identificativos ajenos con el claro fin de cometer un fraude u otra actividad ilícita. Estas dificultades podrían llevar a incentivar el recurso a deducciones argumentativas o a presunciones legales de dudosa legitimidad constitucional que de forma automática deducen del hecho material también su finalidad. La finalidad criminal debe establecerse sobre la base de indicios objetivos e «indicios reveladores» posteriores en relación mera tenencia de los datos personales de terceros.⁶⁷ Para tal fin se debe tomar en consideración no sólo de la cantidad de datos personales en poder del criminal, sino también la especial relevancia que tiene para la comisión de determinados delitos (como, por ejemplo, número de tarjeta de crédito, códigos fiscales, contraseñas para acceder a los sistemas informáticos, etc.). La finalidad de cometer un fraude u otro delito debe ser por tanto, excluida en aquellas ocasiones en las que el sujeto activo posea un número muy reducido de datos personales «comunes» de fácil localización también en Internet (como, por ejemplo, direcciones de correo electrónico, número de teléfono, señas del domicilio, etcétera).

La posesión de datos personales pertenecientes a otra persona constituye un simple acto preparatorio para la comisión de un hurto de identidad.⁶⁸ La tipificación de los actos meramente preparatorios es legítima al menos de manera excepcional y en presencia de requisitos bien delimitados.⁶⁹ Está justificado en aquellos supuestos en los que los actos preparatorios sean instrumentales en la comisión de otros graves hechos delictivos que representen una puesta en peligro de bienes jurídicos primarios y fundamentales.⁷⁰

⁶⁴MANTOVANI, F., *Dir. pen., part. gen.*, Padova, 2007, 216.

⁶⁵Sobre la estructura del tipo con dolo específico v. sobre todo, PICOTTI, L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Milano, 1993. En la obra manualística v. MARINUCCI, G., DOLCINI, E., Corso, cit., 572 y ss.

⁶⁶En este sentido, v. PICOTTI, L., *Il dolo specifico*, cit., 504 y ss.

⁶⁷Con respecto a la naturaleza de la hipótesis de posesión de objetos no peligrosos con el objeto de cometer un delito, v. PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión*, cit., 57.

⁶⁸En tal sentido, véase, la resolución de la AIDP, *The expanding forms of preparation and anticipation*, adoptada en Estambul con ocasión del congreso de la Asociación internacional de Derecho Penal el pasado 27 de septiembre de 2009, disponible al sitio <http://www.aidpitalia.org/>. Sobre formas de anticipación de la tutela penal véase más en general también PICOTTI, L., «The expanding forms of preparation and participation, General report», en *Revue internationale de droit pénal*, vol. 3-4, 2006, 623 y ss.

⁶⁹Sobre este argumento v. MARINUCCI, G., DOLCINI, E., Corso, cit., 602. En el mismo sentido, también AIDP, *The expanding forms of preparation and anticipation*, cit.; ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 176.

⁷⁰Así ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 176.

⁷¹MARINUCCI, G., DOLCINI, E., Corso, cit., 602.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, entre el grado de anticipación de la tutela penal y la importancia del bien jurídico tutelado debe existir una proporcionalidad: «cuanto más importante (...) sea el bien lesionado por el delito, será igual de legítimo anticipar su tutela y viceversa».⁷¹ La incriminación de la mera posesión de los datos personales ajenos no resulta de conformidad con el principio de proporcionalidad, en cuanto que atiende a prevenir la comisión de un delito (como, por ejemplo, el fraude, la revelación de secretos, la difusión de programas maliciosos) que no lesionan bienes jurídicos primarios y fundamentales (como el bienestar público, la seguridad del Estado, etcétera).⁷²

En conclusión, para evitar una excesiva expansión del campo penalmente relevante, se podría limitar la incriminación a aquellas conductas reconducibles a la primera y tercera etapa del hurto de identidad (véase, supra, párr. 3), esto es, aquellas que consisten en procurarse ilícitamente los datos personales ajenos y utilizarlos para una finalidad ilícita. Por cuanto a la mera posesión de datos identificativos ajenos, en cambio, se podría prever el recurso a una sanción de tipo administrativa o civil, como está prevista en numerosos ordenamientos en relación a la cuestión del tratamiento no autorizado de datos personales.

Bibliografía

AIDP, “The expanding forms of preparation and anticipation”, disponible en: <http://www.aidpitalia.org/>

ANGIONI, F., “Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico”, Milano, 1983; p. 176.

ARIZONA REVISED STATUTES, disponible en: <http://www.azleg.state.az.us/ArizonaRevisedStatutes.asp>

CALIFORNIA PENAL CODE, disponible en: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=pen&codebody=&hits=20>

CIFAS, “Identity Fraud”, disponible en: <http://www.cifas.org.uk/default.asp?ediUd=561-56>

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS TOWARDS A GENERAL POLICY ON THE FIGHT AGAINST CYBER-CRIME, COM (2007), disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/l14560_en.htm

CSI, “Computer Crime & Security Survey” (2008), disponible en: <http://www.gocsi.com>

DAVIS, L. M., “With or without authorization, it's still identity theft”. En: *McGeorge Law Review*, No. 33, (2002); p. 231y ss.

DE HERT P., GONZALES G.F., KOOPS, B.J., “Fighting Cyber-crime in the two Europes: the Added Value of the EU Framework Decision and the Council of Europe Convention”. *International Review of Penal Law*, Vol. 77 (3-4), (2006); p. 503 y ss.

ERNST, S., “Das neue Computerstrafrecht”. En: *Neue Juristische Wochenschrift*, No. 37, (2007); p. 2661 y ss.

FDIC, “Putting an End to Account-Hijacking Identity theft” (2004), disponible en: <http://www.ftc.gov>

FLOR, R., “Phishing, Identity Theft e Identity Abuse. Le Prospettive Applicative del Diritto Penale Vigente”. En: *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, (2007); p. 899.

FLORIDA STATUTES ANNOTATIONS, disponible en: <http://www.flsenate.gov/Statutes/index.cfm?Tab=statutes&submenu=-1&CFID=239344567&CFTOKEN=60039921>

FTC, “Identity Theft Focus of National Consumer Protection Week” (2005), disponible en: <http://www.ftc.gov/opa/2005/02/ncpw05.shtm>

FTC, “Identity theft Survey Report” (2006), disponible en:
<<http://www.ftc.gov/os/2007/11/SynovateFinalReportIDTheft2006.pdf>>

FTC, “Consumer Fraud and Identity Theft Complaint Data” (2007), disponible en:
<<http://www.ftc.gov/opa/2008/02/fraud.pdf>>

GALLO, M., voce «Dolo», en Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 754-755.

GARANTE PRIVACY, “Social networks: attenzione agli effetti collaterali” (2009), disponible en:
<<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1614258>>

GERCKE M., “Internet-Related Identity-Theft: a Discussion Paper” (2007), disponible en:
<http://www.itu.int/osg/csd/cybersecurity/WSIS/3rd_meeting_docs/contributions/Internet_related_identity_theft_%20Marco_Gercke.pdf>

GONZÁLEZ, E. M., The new Arizona Data Security Breach Law: a Step in the Right Direction, but Unlikely to Prevent Identity Theft: or Compensate Consumers, 40 Niz. St. LJ., 2008, 1349 y ss.

GRÖSELING, N., HÖFINGER, F. M., “Hacking und Computerspionage. Auswirkungen des 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität”. En: Multimedia und Recht, No. 9, 2007; p. 549 y ss.

HILGENDORF, E., FRANK, T., VALERIUS, B. Computer und Internetstrafrecht. Berlín-Heidelberg: Springer, 2005.

HOME OFFICE IDENTITY FRAUD STEERING COMMITTEE, “Identity theft, Don't become a victim” disponible en: <<http://www.identitytheft.org>>

ITRC, “Identity theft: the Aftermath” (2008), disponible en:
<http://www.idtheftcenter.org/artman2/uploads/l/Aftermath_2008_20090520.pdf>

ITU, “Understanding Cyber-crime: A Guide for Developing Countries” (2009), disponible en:
<<http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/itu-understanding-cybercrime-guide.pdf>>

JAVELIN STRATEGY & RESEARCH, 2006, “Identity Fraud Survey Report” (2006), disponible en:
<<http://www.javelinstrategy.com>>

KOOPS, B.J., LEENES, R., “Identity Theft, Identity Fraud and/or Identity Related Crime”. En: Datenschutz und Datensicherheit, No. 30-9, (2006); p. 553-556.

LACODNY, O., Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen, (1996); p. 323.

MARINUCCI, G. Il reato come azione. Milano, 1971, 167 y ss.

MARINUCCI, G., DOLCINI, E., Corso di diritto penale, III ed., Milano, 2001; p. 595.

MANNA, A., “Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento di dati personali”. En: Rivista dell' Informazione e dell' Informatica, No. 4, (2003); p. 745 y ss.

MANES, V., “Il principio di offensività nel diritto penale”, Torino, 2005.

MANTOVANI, F., *Diritto penale parte generale*, Padova, 2007; p. 216.

MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale Italiano. Vol. 1, 5ª edición puesta al día (a cargo de P. NUVOLONE y G. D. PISAPIA)*, 1986; p. 460.

MITCHISON, N.; WILIKENS, M.; BREITENBACH, L.; URRY R; PORTESI, S., “Identity Theft. A Discussion Paper” (2004), disponible en:
<<http://www.prime-project.eu/community/furtherreading/studies/IDTheftFIN.pdf>>

NEWMAN, C. R; McNALLY, M. M., “Identity Theft Literature Review” (2005), disponible en:
<<http://www.ncjrs.gov/pdffiles/nij/grants/210459.pdf>>

OECD, “Online Identity theft” (2009), disponible en: <<http://www.oecd.org>>

PAGET, F., “Identity Theft - McAfee White Paper” (2007), disponible en: <<http://www.mcafee.com>>

PASTOR MUÑOZ, N., “Los delitos de posesión y los delitos de estatus: Una aproximación político-criminal y dogmática”, Barcelona, 2005; p. 41-43.

PASTRIKOS, C., “Identity Theft Statutes: Which will Protect Americans the Most?” En: *Albany Law Review*, Vol. 67, (2004).

PICOTTI, L., “Il dolo specifico. Un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali”, Milano, 1993.

PICOTTI, L., “The expanding forms of preparation and participation, General report”, en *Revue internationale de droit pénal*, vol. 3-4, (2006); p. 623 y ss.

PICOTTI, L., SALVADORI, I., “National legislation implementing the Convention on Cybercrime”. Working paper disponible en: <http://www.coe.int>.

_____ “Il trattamento senza consenso di dati personali altrui reperibili su Internet costituisce reato?” En: *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, No. 4, (2006); p. 458 y ss.

SALVADORI, I., “Hacking, cracking e nuove forme di attacco ai sistemi di informazione. Profili di diritto penale e prospettive de jure condendo”. En: *Cyberspazio e diritto*, No. 3, (2008); p. 329 y ss.

SEGER, A., “Identity Theft and the Convention on Cybercrime”. En: UN-ISPAC, *Conference on the Evolving Challenge of identity-related Crime (Atti del Convegno di Courmayer, 30.11-2-12 2007)*, disponible en: <http://www.idfraudconference-pt2007.org/ebook/ebook.php>

SCHUMANN, K. H., “Das 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität”. En: *Die Neue Zeitschrift für Strafrecht*, No. 67, (2007).

STRAFGESETZBUCH, disponible en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>>

STRAFRECHTSÄNDERUNGSGESETZES ZUR BEKÄMPFUNG DER COMPUTERKRIMINALITÄT (41. StrÄndG), 11.08.2007

STRUENSEE, E., "Besitzdelikte". En: SAMSON, E., DENCKNER, F., FRISCH, P., FRISTER, H., REIB, W. (Hrsg), Festschrift für Gerard Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden, (1999); p. 713 y ss.

TEXAS PENAL CODE, disponible en: <<http://law.justia.com/texas/codes/2005/pe.html>>

UNITED STATES CODE, disponible en: <<http://uscode.house.gov/>>

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, "A National Strategy to Combat Identity Theft" (2006), disponible en: <<http://www.cops.usdoj.gov/files/ric/Publications/eo3062303.pdf>>

UNITED STATES IDENTITY THEFT AND ASSUMPTION DETERRENCE ACT, disponible en: <<http://www.ftc.gov/os/statutes/itada/itadact.htm>>

UNITED STATES IDENTITY THEFT PENALTY ENHANCEMENT ACT, Public Law 108-275, 15 June 2004.

THE PRESIDENT'S IDENTITY THEFT TASK FORCE, "Combating Identity Theft: A Strategic Plan" (2007), disponible en: <<http://www.identitytheft.gov/reports/StrategicPlan.pdf>>

TOWLE, H. K., Identity theft: myths, methods, and new law. En: Rutgers Computer & Tech. L.J., No. 30, (2004): p. 247 y ss.

VAN DER MEULEN, N., "The Spread of Identity Theft: Developments and Initiatives within the European Union" (2007), disponible en: <http://policechiefmagazine.org/magazine/index.cfm?fuseaction=display_arch&article_id=1190&issue_id=52007>

VICTOR, G. M., "Identity theft, its Environment and Proposals for Change". En: Loyola Consumer Law Review, No. 18, (2006); p. 256.

ZWEITES GESETZ ZUR BEKÄMPFUNG DER WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT (2. WiKG), disponible en: <[http://openlibrary.org/books/OL1917177M/Zweites_Gesetz_zur_Beka%CC%88mpfung_der_Wirtschaftskriminalita%CC%88t_\(2._WiKG\)](http://openlibrary.org/books/OL1917177M/Zweites_Gesetz_zur_Beka%CC%88mpfung_der_Wirtschaftskriminalita%CC%88t_(2._WiKG))>

LA TIPICIDAD DE LA REVELACIÓN DE SECRETOS INFORMÁTICOS

Alberto H. González Herrera*

Resumen:

La tipicidad contribuye a establecer claramente qué puede ser objeto de sanción jurídico-penal. La intimidad como uno de los derechos más importantes para el efectivo desarrollo de la persona, merece tutela; desde su proclama en la carta constitucional, se hace imperativo que el Derecho penal contribuya a su observancia plena. En el presente trabajo, la tipicidad de la revelación de secretos informáticos es examinada, la que por la legislación vigente propugna por la tutela de la misma por afectar la seguridad informática.

Palabras Clave:

Tipicidad; Delitos Informáticos; Derecho a la Intimidad; Derecho Positivo; Protección de Datos Personales.

Abstract:

Typification contributes to clearly establish the actions which may be subjected to a criminal legal action. Intimacy, as one of the most important rights for personal development, deserves protection; and since its proclamation in the Constitution, criminal law must contribute to its protection. This article examines the typification of the disclosure of computerized confidential information, since the current legislation advocates for its protection.

Keywords:

Typification; Cybercrime; Right to Intimacy; Positive Law; Personal Data Protection.

Sumario:

I. Aspectos generales. A. La tipicidad. B. El derecho a la libertad informática. II. Tipicidad o atipicidad en la revelación de secretos informáticos. A. Consideraciones previas. B. Concepto de delito informático. C. La revelación de secretos en nuestra legislación. 1. Código Penal de

*Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Docente de la Universidad de Panamá y defensor de oficio del Instituto de Defensoría de Oficio de Panamá. Actualmente es candidato a Doctor en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Pablo de Olavide Sevilla – España. Ha ocupado diversos cargos en la Rama Judicial de Panamá. E-mail: agonzalezherrera26@yahoo.com

I. Aspectos Generales.

a. La Tipicidad.

La tipicidad supone que el legislador ha considerado delito la conducta que lesiona o pone en peligro intereses o bienes de relevancia para la sociedad. El artículo 2 del Código penal panameño de 2007 indica: “En este Código sólo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulte indispensable para la protección de bienes jurídicos tutelados y los valores significativos para la sociedad, y de acuerdo a la política criminal del Estado.” Por su parte, claramente exponía el insigne maestro REYES ECHANDÍA que la tipicidad es: “Fenómeno en virtud del cual el legislador concreta en normas legales aquellos comportamientos humanos que considera lesivos de intereses jurídicos fundamentales y predicables del individuo, de la sociedad y del propio Estado.” A la vez, el impulsor del funcionalismo penal JAKOBS sostiene: “...se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano.” El catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Panamá, MUÑOZ POPE señala: “Misión fundamental de la tipicidad, por tanto, es describir todos los elementos esenciales del comportamiento punible, de modo que si no se describe tal cual comportamiento, punible, el mismo será impune toda vez que no se adecua a un tipo en particular.³ Actualmente, apunta FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, que la doctrina plantea la existencia o no de injusto penal, y que no es posible el mismo sin afectación real al bien jurídico.⁴

La Constitución Política de la república de Panamá, dispone en el artículo 3, lo siguiente: Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado.”

Por ende, en Panamá, el mandato de determinación o de tipicidad de los delitos, como en otros países, requiere que la conducta sea previamente descrita en forma expresa y taxativa por la ley, como delito, para que pueda ser objeto de sanción luego de su realización.⁵

¹REYES ECHANDÍA, Alfonso, Diccionario de Derecho penal, 5ª edición, Temis, Bogotá, 1990, p. 45.

²JAKOBS, Gunther, Derecho Penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 52.

³MUÑOZ POPE, Carlos Enrique, Teoría del Hecho Punible, Inédito, Panamá, 2000, p. 39.

⁴FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho penal liberal de hoy, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002, p. 167.

⁵El inciso segundo del artículo 29 de la Constitución colombiana lo acoge: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.” El artículo 39 de la Constitución costarricense destaca: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.” La Constitución dominicana en el artículo 40.13 establece: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa.” El artículo 25.1 de la Constitución española señala: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” El artículo 15 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos expone: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional.” La Convención americana sobre Derechos humanos en el artículo 9 indica: “Principio de Legalidad y de Retroactividad Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

De esa previsión típica, se genera una triple función según MUÑOZ CONDE, a saber:

- a. Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b. Una función de garantía, en la medida en que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- c. Una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.”⁶

La tipicidad o precisión del injusto penal, reviste mucha importancia, al punto que la Corte interamericana de Derechos humanos, en el año 1999, en el caso de Castillo Petruzzi y otros contra la república de Perú haya sostenido lo siguiente: “La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarlas con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”⁷

Pues bien, orientada la determinación de conductas punibles por el mandato de determinación, tenemos que la tutela o protección recaerá sobre valores fundamentales conocidos como bienes jurídicos, cuyo reconocimiento está contenido en la Constitución.⁸

b. El Derecho a la Libertad Informática.

La vida actual se caracteriza por hacer un uso continuo y permanente de la tecnología; desde las redes de sistemas computacionales que operan en todas las empresas, cadenas comerciales, entes estatales y en la internet, hasta dispositivos y equipos portátiles de comunicación como teléfonos móviles y ordenadores portátiles. En estos instrumentos y en los buzones de correos electrónicos, se suele almacenar gran cantidad de documentos y datos sobre trámites mercantiles, laborales, sociales y personales. Estos últimos, deben manejarse con suma diligencia y cuidado por parte de quienes manejan en un momento dado los mismos, a fin de no afectar ni lesionar a nadie en su honra, patrimonio, imagen e intimidad.

Sobre este último precisa FROSINI, el derecho al secreto o reserva a la intimidad es: “...el derecho personal a mantener inviolada la propia esfera de vida íntima en una sociedad como la tecnológica, en la cual todo se vuelve objeto de información.”⁹ Al respecto, PÉREZ LUÑO afirma: “Esta proyección de los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humanas, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad.”¹⁰

⁶MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría general del delito, 4^a. edición, Valencia, 2007, p. 56.

⁷Citado por REMOTTI CARBONELL, José Carlos, La Corte interamericana de Derechos humanos, estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, 2003, p. 326.

⁸ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 2006, Pp. 57-58.

⁹FROSINI, Vittorio, Informática y Derecho, Temis, Bogotá, 1988, p. 22.

¹⁰PÉREZ LUÑO, Antonio, “Intimidad y Protección de Datos personales: Del Habeas Corpus al Habeas Data” en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Tecnos, Madrid, 1992, p. 40.

Como quiera que la era informática con sus avances ha impactado la vida de todos, ha tenido que considerarse el derecho a la libertad informática, que FROSINI define como: “el derecho a poder disponer de los datos de información personal propios y, por tanto, a permitir o rehusar su uso por parte de las agencias de información que manejan los bancos de datos; derecho a controlar la veracidad de los datos, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga con finalidades sociales, económicas, políticas.”¹¹

A continuación se examinará el orden punitivo panameño para comprobar si es precisa y conveniente la tipificación de las conductas que implican la revelación de secretos informáticos.

II. Tipicidad o Atipicidad en la Revelación de Secretos Informáticos.

a. Consideraciones Previas.

Como ya advertimos, la tipicidad implica que una conducta es considerada delito, se encuentra descrita en la ley penal, y, ello, es previo a la realización del acto que se estima lesivo al interés o bien jurídico protegido. En tanto, la atipicidad es la falta de consideración como delito por parte de la ley penal de una conducta. Es la no adecuación del hecho, a los presupuestos contenidos en la ley. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA refiere de la atipicidad que: “En general se habla de ella cuando el hecho externo que se imputa en un caso determinado no está previsto como delito por la ley, es decir, ni siquiera genéricamente y en abstracto se acomoda a un tipo de injusto...”¹²

Antes de abordar el delito de revelación de secretos, es conveniente reconocer lo que significan los vocablos “revelación” y “secretos”. La voz revelación en uno de los significados que contempla el Diccionario de la Lengua Española significa: “Manifestación secreta y oculta.”¹³ Mientras que el secreto conforme al Diccionario de la Lengua Española es: “Lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto.”

Los secretos constituyen una de las manifestaciones del derecho a la intimidad, y sobre ellos destaca JIJENA LEIVA: “...como pilar fundamental está el secreto o reserva (secreto absoluto), conjuntamente con el derecho al control de la utilización y circulación de la información que sobre su persona ha sido confiado a un tercero (secreto relativo), la tranquilidad o ausencia de perturbación física o psicológica y la autonomía.”¹⁵

Por consiguiente, los datos personales que se manejen en un sistema computacional o base de datos no pueden tratarse a la ligera, porque podrían causar perjuicios graves e irreparables a sus titulares si dichos datos llegaren a conocimiento del público sin su consentimiento o autorización.

Además, los secretos o datos personales que de cada persona son manejados a diario por el Estado, los bancos, las tiendas, los centros médicos, los hospitales, los hoteles, los centros de diversión

¹¹FROSINI, Ob. Cit. p. 23.

¹²FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Tomo II, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 321.

¹³DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Tomo II, 21^o edición, Madrid, 1992, p.1792.

¹⁴Ibídem, p.1853.

¹⁵JIJENA LEIVA, Renato Javier, La protección penal de la Intimidad y el Delito Informático, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 42.

y demás sitios de concurrencia pública, no pueden escapar a una regulación o restricción legal y es necesario limitar su utilización, para evitar que por mal empleo de los mismos, seamos afectados si se dispone de ellos sin nuestra autorización.

Antes de verificar si es típica la revelación de secretos informáticos en la legislación panameña, trataremos de precisar lo que es el delito informático, el cual guarda relación directa con el objeto de estudio.

b. Concepto de Delito Informático.

La doctrina sobre el tema no adopta una posición uniforme en cuanto al concepto de delito informático, y, mucho menos, en cuanto a la tipificación de la revelación de secretos informáticos.

La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) lo define como: “...cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el proceso automático de datos y las transmisiones automáticas de datos.”¹⁶

OSSA ROJAS se refiere al delito informático como: “...cualquier conducta ilegal, no ética o no autorizada atentatoria tanto contra bienes propiamente informáticos como tradicionales, que se realice mediante el uso y/o la aplicación de tecnologías informáticas.”

Sin ahondar en múltiples concepciones, consideramos que el delito informático es un hecho que se realiza vulnerando los sistemas de seguridad de una o varias unidades de una red computacional, mediante el empleo de un ordenador o de una computadora personal, con el fin de utilizarla como medio de ejecución de un delito convencional u obtener de la base de datos de dicha red, la información que sobre un tema, una actividad o varios sujetos reposa en el mismo.

c. La Revelación de Secretos en la Legislación Panameña.

El jus puniendi se utiliza para evitar la lesión de bienes jurídicos o de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, que es uno de los derechos que permiten la realización y satisfacción de necesidades de las personas.

Sin embargo, pese a que la Constitución política reconozca tácitamente el derecho a la intimidad personal, ni en el texto de Código penal derogado ni en el nuevo Código penal de 2007, se cuenta con Título o un capítulo dentro del Libro segundo que prevea su completa tutela. No obstante, existen algunos tipos penales que en forma dispersa e indirecta la protegen.

Preceptúa el artículo 29 de la Constitución panameña lo siguiente: “La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

¹⁶Citado por RIQUEL, Marcelo Alfredo, “Delitos informáticos” en www.delitosinformaticos.com.

¹⁷Ibidem.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores.”

Como bien jurídico, la intimidad también encuentra respaldo en el artículo 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos que preceptúa:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

La Convención Americana sobre Derechos humanos, de igual forma, estima la intimidad como elemento integrante de los derechos fundamentales a la honra y la dignidad humana, al disponer en el artículo 11 lo siguiente: “Protección de la Honra y de la Dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Si bien estas normas no hacen referencia a la intimidad informática o derecho al secreto informático, al abarcar los derechos personales a la privacidad, a la inviolabilidad del domicilio y a la correspondencia, se deben extender a la esfera o ámbito de las tecnologías como la informática, bases de datos digitales o de correos electrónicos, para no dejar desprotegidos a los ciudadanos. Pero, ¿qué se entiende entonces, por secretos informáticos? Los secretos informáticos comprenderán aquellos informes que reposan en un banco de datos, en un sistema computacional o dirección de correo electrónico, donde constan detalles particulares de una persona natural o jurídica, de una actividad estatal, de una empresa, de una organización no gubernamental, de una institución pública o privada, de una representación diplomática, entre otros. Tenemos entonces, que todo secreto revestirá el carácter de informático si se encuentra contenido no sólo en una base de datos o sistema informático, sino también en los mensajes de correo electrónico y en los dispositivos o memorias de almacenamiento portátiles como los USB, los discos compactos, entre otros.

1. Código Penal de 1982

El derogado Código Penal de 1982, en su momento inspirado en el Código penal tipo para Iberoamérica, a diferencia de los códigos modernos, aprobados en el último decenio del siglo pasado, no contempló un título o capítulo dedicado a los delitos contra la intimidad, sin embargo, en el Título II de los delitos contra la libertad, tanto en el capítulo III de los delitos contra la libertad individual, como en el capítulo V de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio y en el capítulo VI de los delitos contra la inviolabilidad del secreto, tutelan en forma tímida, los secretos y el derecho personal a la

intimididad. Del examen de estos tipos penales, advertimos que las únicas conductas en las cuales podrían subsumirse las violaciones o afectaciones a los secretos informáticos, serían las contenidas en el capítulo VI de los delitos contra la inviolabilidad del secreto, Título II de los delitos contra la libertad. En virtud de ello, el secreto, como bien jurídico tutelado, forma parte de la libertad personal del individuo, que puede resultar afectada o menoscabada, si una persona conocedora de sus datos o información, por razón del empleo que realiza, termina descubriéndolos o dándolos a conocer sin consentimiento previo. Por un lado, el artículo 170 tipifica la divulgación de secretos a quienes por razón de su oficio, empleo, profesión o arte, tenga conocimiento de los mismos y los revele sin autorización de su titular. Al no hacer la norma referencia a la forma como llega a conocimiento del sujeto activo la noticia de secretos, ni el tipo de secretos, da lugar a que pueda subsumirse la violación de secretos informáticos si la lleva a cabo algún sujeto en el desempeño de su oficio, empleo, profesión o arte.¹⁸ Parece que el sujeto activo al entrar en conocimiento de secretos, cuya publicación puede causar daño y los revela sin consentimiento del afectado o sin necesidad de salvaguardar un interés superior. La calidad de servidor público servía como circunstancia agravante de responsabilidad penal si se incurría en el tipo, aprovechándose del acceso a la información para alguna medida relativa a la medida de prevención de del delito de blanqueo de capitales.

A pesar del importante objeto de tutela, la norma no resultó aplicada, constituyendo como otros tipos penales, una mera legislación simbólica. Así mismo, el artículo 171-A del Código penal, prevé la sanción por la divulgación de la información que tenga una persona por conocimiento en el ejercicio de sus funciones; la norma dispone: “El servidor público o el particular que como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada en que el Estado tenga participación económica, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e inhabilitación para ejercer funciones públicas por el mismo término de la pena principal.” Este precepto introduce por vez primera en Panamá, una figura parecida al “insider trading” o abuso de información privilegiada.

Conviene destacar que la doctrina reconoce otras conductas no tipificadas que afectan los secretos informáticos como: “la introducción de datos falsos (data diddling) en bancos de datos personales; la fuga de datos (data leakage) o revelación dolosa de informaciones concernientes a la vida personal, familiar o del patrimonio económico o individual; el uso de llaves maestras (superzapping) o utilización de programas no autorizados con la finalidad de modificar, destruir, copiar, insertar, o impedir el uso de datos archivados en los sistemas de información; y el intrusismo informático.”¹⁹ Las conductas mencionadas son solamente algunas de las nuevas manifestaciones delictuales que se vienen dando en el mundo y que tienen repercusiones de magnitudes insospechadas en la esfera de la intimidad, la economía y la seguridad informática.

¹⁸Dispone el artículo 170 lo siguiente: “El por razón de su oficio, empleo, profesión o arte, tenga noticia de secretos cuya publicación pueda causar daño y los revele sin consentimiento del interesado o sin que la revelación fuere necesaria para salvaguardar un interés superior, será sancionado con prisión de 10 meses a 2 años o de 30 a 10 días-multa, e inhabilitación para ejercer tal oficio, empleo, profesión o arte, hasta por 2 años.

La sanción antes descrita será aumentada al doble, cuando el que viole el secreto sea un servidor público que haya tenido acceso a la información, en razón de una de las medidas de prevención del delito de blanqueo de capitales previstas por la ley.”

¹⁹CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, Delitos Informáticos, www.delitosinformaticos.com/delitos/colombia2.shtml, 2002.

2. Código Penal de 2007

A diferencia del texto anterior, el nuevo Código Penal panameño, vigente desde el 23 de mayo de 2007 (Texto único, G.O. D. N°26519 de lunes 26 de abril de 2010), en el Título VII de los Delitos Contra Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos, en el Capítulo I, establece los denominados Delitos contra la Seguridad informática. En cuatro artículos que van del artículo 289 al artículo 292, se contempla más allá de los secretos y la intimidad, conductas dirigidas a proteger las bases de datos, redes, programas y sistemas informáticos.

Destaca GUERRA de VILLALAZ que el objeto de protección es: "...la seguridad informática que comprende la protección a la privacidad, a la fe pública, a la economía, a la propiedad intelectual, a las comunicaciones, los medios de transporte y la seguridad pública."²⁰

El artículo 289 prohíbe el ingreso indebido o la utilización indebida de base de datos, red o sistema informático, se prevé la pena de dos a cuatro años de prisión. Preceptúa dicho precepto: "Quien indebidamente se apodere, copie, utilice o modifique los datos en tránsito o contenido en una base de datos o sistema informático, o interfiera, intercepte, obstaculice o impida su transmisión será sancionado con dos a cuatro años de prisión."

El sujeto activo puede resultar cualquier persona, no exige una calidad especial, basta con que realice uno de los verbos rectores. La penalidad es única y no presenta alternativas.

Así mismo, el artículo 290 sanciona el apoderamiento indebido, la copia, la utilización o la modificación de los datos en tránsito (vía correo electrónico) o contenidos en una base de datos o sistema informático, que los interfiera, los intercepte, los obstaculice o impida su transmisión. La sanción prevista va de dos a cuatro años de prisión.

Las conductas anteriores conforme al artículo 291, implican aumento a las penas de una tercera a una sexta parte si se cometen afectando los datos que estén contenidos en bases de datos o sistemas informáticos de: oficinas públicas; instituciones públicas, privadas o mixtas que prestan un servicio público; bancos, aseguradoras, y demás instituciones financieras y bursátiles; si se cometen con fines lucrativos. Estas sanciones se pueden aplicar sin perjuicio que los datos sean de información confidencial, acceso restringido, referente a la seguridad del Estado, según lo dispuesto en el Capítulo I, Título XIV del Libro Segundo del Código penal. Lo antes visto constituye una condición objetiva de punibilidad de la circunstancia agravante, al prever un sujeto pasivo específico o un fin concreto (lucro).

Establece el artículo 292 que si las conductas las perpetra un sujeto activo con calidad de encargado o responsable de la base de datos o sistema informático. Si la persona autorizada para acceder a estos datos, al sistema o a la red, lo hacía por su posición actúa en forma similar a quien ostenta la información privilegiada (ejemplo del insider trading), la sanción se agravará entre una sexta y una tercera parte.

Sobre estas modalidades delictivas advierte MUÑOZ CONDE: "La particularidad que el mismo encierra es que los datos referidos a la intimidad estén registrados de forma ordenada, normalmente a través de un mecanismo informático. De ahí que las conductas tipificadas no solo se limiten a las

²⁰GUERRA de VILLALAZ, Aura E., Compendio de Derecho penal, parte especial, Chen, Panamá, 2010, p. 254.

consistentes en apoderamiento, utilización o modificación de los datos, sino que incluyen también el acceso a los mismos.”²¹

Es necesario, que a corto plazo se capaciten tanto a investigadores como juzgadores en torno a la ejecución y consumación de este tipo de conductas que ya están dando mucho que hacer a nivel supranacional y urge adoptar estrategias conjuntas entre los países para combatirlas.

III. Conclusiones.

La nueva legislación penal panameña, en materia de delitos contra la inviolabilidad del secreto es insuficiente para frenar las nuevas modalidades de delitos cometidos en la esfera informática.

Urge la adopción de una ley de protección de datos personales, que tutele eficazmente la garantía fundamental del derecho a la intimidad personal.

La tipificación de los delitos que evitan la revelación de los secretos informáticos es de vital importancia para la seguridad de la economía, el Estado y la intimidad.

²¹MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, parte especial, 15a. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 263.

Bibliografía

CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, “Delitos Informáticos” (2002), disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/colombiaz.shtml>

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española, Tomo II, Vigésima primera edición, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental, Tomo II, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1998.

_____. Derecho Penal Liberal de Hoy, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002.

FROSINI, Vittorio. Informática y Derecho, Temis, Bogotá, 1988.

GUERRA de VILLALAZ, Aura E. Compendio de Derecho penal, parte especial, Chen, Panamá, 2010,

JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JIJENA LEIVA, Renato Javier. La protección penal de la Intimidad y el Delito Informático, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte especial, 15a. edición, Tirant, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito, 4ª. edición, Valencia, 2007.

MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. Teoría del Hecho Punible, Inédito, Panamá, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio. “Intimidad y Protección de Datos personales: Del Habeas Corpus al Habeas Data” en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Tecnos, Madrid, 1992.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos. La Corte interamericana de Derechos humanos, estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, 2003.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Diccionario de Derecho penal, 5ª edición, Temis, Bogotá, 1990.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. “Delitos informáticos” en <http://www.delitosinformaticos.com>

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 2006.

EL ESTATUS JURÍDICO DE LOS SOLDADOS Y POLICÍAS EN PODER DE LAS FARC

Mg. Manuel Andrés Galvis Martínez*

Resumen:

El presente artículo busca aclarar cual es el estatus jurídico de los soldados y policías en poder de las FARC, pues aparentemente en la sociedad colombiana aún no existe uniformidad sobre el término jurídico aplicable a estos sujetos, y tal escenario favorece la manipulación de la terminología existente a favor de agendas políticas determinadas. Con base en las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional el artículo confronta el origen y la justificación de algunos términos utilizados, y explica las razones por las cuales los soldados y policías en poder de las FARC son víctimas del crimen de guerra de toma de rehenes.

Palabras Clave:

Beligerancia; Conflicto Armado Interno; Crimen de Guerra de Toma de Rehenes; Prisioneros de Guerra.

Abstract:

This article aims to provide clarity regarding the legal status of those Police and Army members retained by FARC, due to the lack of uniformity concerning the legal term applicable to this issue in Colombia; such undetermined scenery enables the manipulation of the terminology in favour of specific political agendas. Based on the rules of International Humanitarian Law and International Criminal Law, this article confronts the origin and justifications of some of the terms used, and explain the reasons why the Police and Army members retained by FARC are victims of the War Crime of Taking of Hostages.

Key Words:

Belligerency status; Internal Armed Conflict; Prisoners of War, Hostage Retention War Crime.

Sumario:

I. Introducción. II. Las FARC y su Distorsión del Derecho Internacional Humanitario. III. Desvirtuando la Manipulación del Derecho Internacional Humanitario. IV. Los Policías y Soldados Capturados por las FARC, Según las Normas del DIH. V. Toma de Rehenes en el Derecho Internacional Penal. VI. Teoría de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (OACNUDH). VII. Conclusiones.

*Abogado de la Universidad del Rosario; Visitante Profesional del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia; Magíster en Derecho Penal Internacional programa conjunto de la Università Degli Studi di Torino y The United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute UNICRI. Turin, Italia; Consultor independiente en temas de Derecho Penal Internacional. E-mail: galvis.martinez@yahoo.com

I. Introducción.

Con ocasión de las liberaciones de los soldados Josué Daniel Calvo y Pablo Emilio Moncayo, las FARC han vuelto a dar difusión pública a su posición distorsionada sobre el estatus jurídico de aquellos soldados y policías que luego de resistir durante largas horas sus ataques, se rindieron o fueron capturados, y posteriormente privados de la libertad durante muchos años en las selvas colombianas.

Resulta preocupante observar cómo la posición errada e ilegal de las FARC no sólo ha sido difundida mediante sus comunicados oficiales,¹ sino también por parte de algunas personas y sectores políticos del país en el marco de las discusiones en torno de un acuerdo humanitario que logre la liberación de dichos miembros de la fuerza pública.

Irónicamente existen personas que continuamente han exigido la “humanización” del conflicto en Colombia mediante la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), pero al mismo tiempo utilizan el término de “prisioneros de guerra” para referirse a los policías y soldados retenidos, o a guerrilleros encarcelados.²

Este tipo de declaraciones son lamentables porque aparte de ser contradictorias, propagan una tesis distorsionada que malinterpreta las normas del DIH con el fin de justificar un crimen expresamente prohibido por ese mismo cuerpo normativo.

Son muy pocas las reflexiones al respecto y usualmente éstas no analizan a fondo las normas del DIH que proporcionan una justificación definitiva al estatus jurídico de dichos miembros de la fuerza pública. Con esto en mente, el presente artículo analizará, con base en las normas del DIH y el Derecho Penal Internacional aplicables al conflicto armado interno colombiano, la veracidad de los argumentos adelantados por quienes sostienen que en Colombia existen prisioneros de guerra.

II. Las FARC y su Distorsión del Derecho Internacional Humanitario.

Para las FARC los soldados y policías en su poder son prisioneros de Guerra al igual que lo son sus miembros que han sido capturados, juzgados, y encarcelados por parte del Estado Colombiano. Dicha posición obedece a una serie de fundamentos conceptuales que las FARC han predeterminado arbitrariamente y que fundamentan dicha teoría.

Así, las FARC se autodefinen como una organización político militar, con presencia en todo el territorio Colombiano, que ejerce el legítimo derecho de rebelión y autodeterminación de los pueblos y busca la toma del poder.³ Así mismo las FARC se consideran, y exigen ser reconocidas a nivel mundial, como un grupo beligerante.⁴

La terminología empleada por las FARC no corresponde a una serie de errores conceptuales frente a las normas del DIH, al contrario esto es un intento por satisfacer dos elementos o requisitos establecidos en las normas del Derecho Internacional para así beneficiarse de sus consecuencias legales.

En primer lugar encontramos el uso del término libre autodeterminación de los pueblos. Aunque su mejor lectura sea la de una justificación para tomar las armas en contra del Estado, el

¹Base de datos de los comunicados expedidos por las FARC-EP. En: <http://www.cedema.org>

²Declaraciones de Piedad Córdoba en el programa 'Pregunta Yamit' el 23 de Marzo de 2010 afirmando que los soldados y policías en poder de las FARC son prisioneros de guerra. Utilizando el mismo lenguaje: COLOMBIANOS Y COLOMBIANAS POR LA PAZ, cartas a las FARC. En: <http://www.colombianosporlapaz.com/Cartasalasfarc/index.html>.

³Definición extraída de video propagandista de las FARC toma de Mitu de Octubre 31 de 1998. En: www.youtube.com/watch?v=EbQFd5_9P3l

⁴FARC-EP. Carta abierta de Raul Reyes del 6 de Septiembre de 2007. En: <http://www.cedema.org/ver.php?id=2184>

mencionado concepto es significativo pues hace referencia al lenguaje que utiliza el Protocolo Adicional I a las convenciones de Ginebra⁵ para amparar las llamadas guerras de liberación nacional, bajo el régimen aplicable a los conflictos internacionales.

Por otra parte las FARC aseguran que poseen estatus de beligerancia, argumentando que el Estado Colombiano ha hecho un reconocimiento de hecho sobre dicho carácter al realizar conversaciones, contactos, y acuerdos que van desde los acuerdos de La Uribe de 1984, hasta los diálogos de San Vicente del Caguán en 1999 durante los cuales el gobierno reconoció a partir de la ley 148 de 1997, el carácter político de este grupo.

Además, aseguran que aquel reconocimiento implícito se debe entender de igual forma por parte de los Estados garantes o facilitadores de dichos procesos;⁶ y evidentemente por aquellos Estados que explícitamente lo han reconocido así.⁷

La intención de las FARC es clara: si alguna de estas dos teorías fuera cierta, el conflicto armado entre las fuerzas armadas del Estado colombiano y las FARC se regiría por las normas del DIH aplicable a los conflictos armados internacionales, es decir que el conflicto interno mutaría para efectos legales a un conflicto internacional.

Esto incluiría la protección especial conferida a aquellos miembros de las partes que caen en poder del enemigo, a los cuales se les otorga el estatus especial de prisionero de guerra y gozan de un trato específico que incluye la inmunidad frente al enemigo por actos lícitos dentro de la guerra, es decir, por el simple hecho de tomar las armas en su contra, y su liberación tan pronto cesen las hostilidades.⁸

Con base en estos presupuestos las FARC se refieren a los soldados y policías capturados como prisioneros de guerra, a los cuales proclaman darles un trato acorde a las convenciones aplicables, y por ende se refieren en los mismos términos a sus miembros encarcelados legítimamente por parte del Estado Colombiano, exigiendo un canje de prisioneros.

A continuación se analizan, bajo las normas del Derecho Internacional Público y el DIH, los argumentos de las FARC, y la realidad sobre el conflicto en Colombia.

⁵Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Artículo 1, párrafo 4: “Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”

⁶Supra. nota 4. “Ese carácter de fuerza revolucionaria que se perfila como opción de poder, es decir, de fuerza beligerante, nos ha sido reconocido en más de una ocasión -y por la vía de los hechos- por distintos gobiernos nacionales con quienes hemos entablado diálogos (los más recientes durante el periodo de Andrés Pastrana, 1998- 2002), así como por los gobiernos de los países que han jugado el papel de garantes o facilitadores en dichos procesos. En todo momento hemos demostrado cumplir sobradamente con los requerimientos para que nos sea otorgado el estatus de Beligerancia.”

⁷El 17 de Enero de 2008 la Asamblea Nacional de Venezuela reconoció beligerancia, y negó estatus terrorista, a las guerrillas colombianas de las FARC y el ELN.

⁸III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de Guerra.

III. Desvirtuando la Manipulación del Derecho Internacional Humanitario.

En primer lugar, es preciso aclarar que la referencia a la libre autodeterminación de los pueblos incluida en el artículo primero del Protocolo adicional I se refiere exclusivamente a “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”.⁹

Evidentemente este no es el caso de las FARC, ni del conflicto armado colombiano donde no existe un poder colonial, una ocupación extranjera, o un régimen racista, y por lo tanto no es necesario darle una interpretación en este sentido al lenguaje utilizado por las FARC, y sencillamente concluir que el citado artículo no es aplicable al caso colombiano.

En segundo lugar, encontramos la teoría en desuso del reconocimiento de beligerancia para dar aplicación a las normas que regulan conflictos internacionales.¹⁰ Sin el ánimo de entrar a analizar a fondo las teorías existentes sobre la beligerancia, es importante hacer algunas reflexiones al respecto.

En épocas previas a la adopción de normas que regularan los conflictos armados internos, el DIH clásico se aplicaba exclusivamente a conflictos entre Estados, dejando la regulación de los conflictos internos bajo la libre determinación del Estado, que a su vez, trataba a los rebeldes como simples criminales y no les otorgaba protección alguna.

Sin embargo, la brutalidad de algunos conflictos internos y el nivel de control que las facciones opositoras al Estado llegaban a adquirir, hacía necesario considerar el tema desde el Derecho Internacional, no sólo para regular las hostilidades, sino para regir las relaciones de terceros Estados y sus intereses económicos y nacionales en el territorio controlado por los grupos opositores.

En ese contexto se ubica el reconocimiento de beligerancia, teoría que permitía a un Estado reconocer la beligerancia de una facción interna opositora y aplicarle las reglas de la guerra. Dicha facción adquiriría, hasta el fin de las hostilidades, los derechos y deberes de un Estado en guerra frente al Estado que le brindara su reconocimiento, sin que esto significara reconocimiento de gobierno o Estado.

En este sentido el Derecho Internacional Clásico contemplaba ciertos niveles de confrontaciones internas. La rebelión o alteración del orden fácilmente controlable por el Estado; la insurgencia que implica confrontaciones mayores a niveles locales con cierto control y capacidad militar, y por último la beligerancia que supone una insurgencia que cumple con los siguientes requisitos recopilados por el autor:¹¹

- Un grado de hostilidades de alta escala, generalizado en todo el territorio.

⁹Supra. nota 5.

¹⁰El último reconocimiento efectivo por parte del Estado de jure a favor de un grupo armado dentro de su territorio fue por parte de los Estados de la Unión a favor de los confederados durante la guerra civil de los Estados Unidos (1861), aunque algunos Estados ajenos a conflictos Internacionales han reconocido la beligerancia de grupos internos como lo hicieron Alemania e Italia a favor de los franquistas durante la Guerra Civil Española (1936 -1939).

¹¹MOIR, Lindsay. *The Law of International Armed Conflict*. Inglaterra, Cambridge University Press, Julio, 2002. pag 7 – 10; LAUTERPACHT, Sir Hersch. *Recognition in International Law*. Cambridge, Ams Pr Inc. Junio 1947. pag 246; VERMA, S.K. *An introduction to Public International Law*. Prentice-Hall of India Pvt.Ltd. 30 Octubre, 2004. pag. 113-114; CASSESE, Antonio. *International Law*. Estados Unidos, Oxford University Press, segunda edición, Febrero 10, 2005, pag 124; (L.Col.) LOOSTEEN, Yair M. *The Concept of Belligerency in International Law*, *En: Military Law Review*. Vol 166. 2000. pag 120.

- Ocupación de una parte substancial del territorio.
- Capacidad y estructura operacional para administrar de forma completa y efectiva, el territorio ocupado.
- Absoluta observancia y aplicación de las reglas y costumbres de la guerra.
- Circunstancias que obliguen a terceros Estados a pronunciarse sobre su actitud frente a los subversivos, en la forma del reconocimiento de beligerancia.

Satisfechos estos requisitos era necesario contar con el reconocimiento por parte de un Estado. Dicho reconocimiento constituye el estatus de beligerancia y puede ser realizado por el Estado de jure, es decir el Estado donde se lleva a cabo la lucha interna. Un Estado distinto al de jure podía reconocer la beligerancia adquiriendo la obligación de mantenerse neutral frente al conflicto y con efectos prácticos que sólo servían para regular sus relaciones e intereses comerciales en la parte del territorio que controlan los beligerantes.¹²

En este sentido hablar de beligerancia implica hablar de un nivel de enfrentamientos internos de gran escala e intensidad, donde una facción interna opositora ejerce control efectivo sobre una gran parte del territorio, y por lo tanto las hostilidades debían regularse por medio de la aplicación de las normas del DIH con el fin de humanizar el conflicto.

El anterior resumen nos permite analizar la situación actual de las FARC para determinar qué tanto peso tienen sus afirmaciones en cuanto al estatus de beligerancia, y cuáles son las normas aplicables al conflicto armado colombiano.

En primer lugar, es de conocimiento público que las FARC no reconocen y mucho menos implementan efectivamente gran parte de las normas del DIH. Esto no es sólo una obligación de cualquier parte dentro de un conflicto armado, sea cual fuere su carácter, sino también es un elemento fundamental para poder optar al reconocimiento del estatus de beligerancia.

En palabras de un ex comandante de este grupo: “Nosotros [las FARC] tenemos nuestras propias normas que a veces coinciden con las del DIH, pero la realidad de la confrontación colombiana no está totalmente interpretada por éste. El DIH no representa la realidad colombiana”.¹³

Esta serie de reglas propias han dejado en evidencia prácticas como el reclutamiento de menores, la realización de actos terroristas y ataques directos a la población civil, el uso de armas que violan el principio de distinción entre civiles y combatientes como las minas antipersonales, el secuestro de civiles y el posterior cobro de extorsiones o su asesinato, ataques a ambulancias, los ataques péfidos, entre muchos otros.

Este hecho invalida de plano la intención de las FARC por obtener un reconocimiento de beligerancia, y haría innecesario el examen de los otros requisitos, sin embargo hay dos puntos

¹²Ibid. LAUTERPACHT pag. 546.

¹³Declaraciones del guerrillero Iván Ríos. En: FERRO MEDINA, Juan Guillermo y URIBE RAMON, Graciela. El Orden de la guerra. Las FARC-EP: Entre la organización y la política. Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Estudios Ambientales y Rurales: Colciencias, 2002., CEJA. Pag.133.

importantes que debemos analizar. En primer lugar el control territorial, y en segundo lugar el supuesto reconocimiento de hecho por parte el Estado Colombiano y el reconocimiento expreso de terceros Estados.

Para algunos autores, las FARC actualmente carecen de cualquier tipo de control territorial que implique reconocimiento de beligerancia, e incluso aunque satisfaga los requisitos del Protocolo Adicional II para su aplicación.¹⁴

Sin embargo resulta imposible ignorar que las FARC, al igual que otros grupos armados, lograron establecer en años anteriores un control importante sobre algunas áreas apartadas y de difícil acceso gracias a la inexistencia del Estado en nuevas áreas de colonización rural; estableciendo allí su poder militar al igual que sistemas para-estatales de justicia y de recaudo.¹⁵

Recientemente el Estado Colombiano empezó la estrategia de “recuperación social del territorio” como parte de la fase consolidación de la política de seguridad democrática, ejecutada por el Centro de Coordinación de Acción Integral (CCAI), con el fin de imponer las instituciones Estatales en aquellos municipios carentes hasta ahora de presencia Estatal.

Las Fuerzas Armadas Colombianas reconocen que en la actualidad “Existen algunos focos reducidos de apoyo voluntario en zonas muy apartadas donde históricamente el Estado colombiano no ha hecho presencia y la población no ha conocido autoridad distinta a las FARC. Adicionalmente, hay una proporción cada vez menor de colombianos que se vieron forzados a apoyar a las FARC en diferentes actividades bajo la amenaza de represalia violenta ante la desobediencia.”¹⁶

Sin embargo, el control como elemento esencial para un eventual reconocimiento de beligerancia debe ser un control efectivo por parte del grupo beligerante de tal forma que este reemplace las instituciones del Estado, o en caso de su ausencia imponga instituciones similares como si fuera el Estado mismo. En segundo lugar dicho control debe efectuarse sobre una parte substancial de territorio.

Un ejemplo pertinente sobre el control efectivo de los beligerantes se encuentra en las

¹⁴NIETO NAVIA, Rafael. Hay o no hay conflicto Armado en Colombia? *En*: Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2008, Año 1. N^o 1: 139-159 Bogotá, ISSN: 2027-1131. En la opinión del autor estos grupos “no pueden ser reconocidos como sujetos ni recibir status de rebeldes porque no controlan, a la manera del Estado, una porción territorial de la República y no pueden realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, como quizá lo lograron cuando el Gobierno desmilitarizó durante largos meses la zona del Caguán, en el gobierno de Andrés Pastrana. Como carecen de un mando unificado y, si lo tuvieren, tienen dificultades de comunicaciones entre los pequeños grupos dispersos en el territorio que actúan independientemente, y tampoco respetan las normas de guerra ni el DIH, tampoco pueden recibir reconocimiento como insurrectos.”

¹⁵DE SOUSA Y SANTOS, Bounaventura y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio jurídico. Vol II. Bogotá, Colciencias- Instituto Colombiano de Antropología e Historia- Universidad de Coimbra CES- Universidad Nacional de Colombia- Siglo del Hombre Editores 2001 (1ra. ed); AVILA, Ariel Fernando y NUÑEZ Magda Paola. Expansión territorial y alianzas tácticas. *En*: Revista Arcanos (Corporación Nuevo Arco iris), Diciembre 2008, No 14, pag. 52 -61.

¹⁶COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Las FARC en el peor momento de su historia. Bogotá: El Ministerio, 15 Septiembre de 2008. pag. 4. *En*: <http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=214017>

razones por las cuales en 1870, el entonces presidente de los Estados Unidos Ulysses S. Grant, negó el reconocimiento de beligerancia a las fuerzas independentistas cubanas que luchaban contra la corona española, explicando cómo:

“Los insurgentes no controlan ningún pueblo; no tienen una sede establecida de gobierno; no tienen cortes de captura naval, ninguna organización para la recolección y administración de rentas públicas; ningún puerto marítimo que permita el acceso de navíos extranjeros al limitado territorio interno y montañoso que ocupan. La existencia de una asamblea legislativa que represente a una circunscripción de la población es altamente dudosa... no hay evidencia de elecciones, autoridades delegadas, o de un gobierno por fuera de los campamentos ocupados por insurgentes errantes.”¹⁷

En este sentido es posible concluir que actualmente las FARC no controlan efectivamente una parte sustancial del territorio, sino que infieren con su presencia armada en las actividades de algunas poblaciones debido a la ausencia o incapacidad de las instituciones Estatales.

Continuando con el segundo punto de este análisis, encontramos el alegado reconocimiento de hecho por parte del Estado colombiano, y el reconocimiento expreso de terceros Estados sobre la beligerancia de las FARC.

En cuanto al primer punto, las FARC argumentan que a raíz de varios procesos de negociación que incluyeron treguas, la liberación de soldados en su poder a cambio de guerrilleros encarcelados, y reconocimiento de un carácter político, el Estado colombiano reconoció de hecho su beligerancia.

Al respecto debemos recordar que el artículo 3 común a las convenciones de Ginebra, permite la realización de acuerdos especiales entre las partes del conflicto armado no internacional, estableciendo cómo:

“Las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio... la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.¹⁸

Lo anterior desvirtúa un reconocimiento de facto por el simple hecho de realizar acuerdos especiales, pues la intención de este artículo es garantizar el respeto al mínimo de normas humanitarias sin generar algún tipo de protección o estatus especial bajo el DIH.

De esta forma queda a discreción del Estado reconocer o no algún carácter especial a los grupos armados.¹⁹ Sin que signifique que el reconocimiento de un carácter especial, como el político, implique un reconocimiento de beligerancia.

Para este autor el reconocimiento político otorgado a las FARC durante los diálogos de paz del Caguán, obedecen más a la necesidad de restringir la aplicabilidad de la ley 418 de 1997 a ciertos

¹⁷GRANT, Ulysses S, Special Message to the Senate and House of Representatives, 13 de Junio de 1870. En: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=70164&st=&st1=> (traducción libre del autor).

¹⁸Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, artículo 3 común.

¹⁹PICTET, Jean S. Comentario a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Artículo 3. En:

grupos armados con algún tinte político para limitar el acceso a los beneficios de la ley como la amnistía por delitos políticos a simples bandas del crimen organizado dentro de los procesos de paz.

En todo caso, el simple acuerdo especial que carece de un reconocimiento expreso de beligerancia no confiere a la parte no Estatal una protección o subjetividad superior en el plano Internacional. En este sentido es relevante observar las conclusiones de la Corte Especial para Sierra Leona sobre acuerdos especiales firmados en Lomé, Togo, en el marco de los procesos de paz en Sierra Leona.²⁰

Los acuerdos de paz de Lomé del 7 de Julio de 1999, firmados entre el gobierno de Sierra Leona y el grupo armado RUF (Revolutionary United Front), establecieron mecanismos transitorios para incorporar al RUF como partido político en la vida nacional, se otorgaron amnistías y perdones a sus miembros, y se llegaron a acuerdos especiales sobre puntos humanitarios como un fin al conflicto armado, la liberación de combatientes detenidos, y la seguridad de la población refugiada o desplazada que regresa a sus zonas.

Sobre dicho acuerdo, la mencionada Corte concluyó que los acuerdos especiales entre partes a un conflicto no internacional no pueden igualarse a los de un conflicto internacional,²¹ que los mediadores o facilitadores internacionales no son parte de los acuerdos y no derivan obligaciones de éstos,²² y que dichos acuerdos sólo generan obligaciones a nivel nacional y no a nivel internacional pues no otorgan personalidad internacional al grupo armado.²³

Dicho esto, es necesario advertir que un reconocimiento temprano por parte de un Estado extraño, antes de que se satisfagan los requisitos objetivos, constituye una interferencia en asuntos internos del Estado,²⁴ en concordancia con las resoluciones de la Asamblea General de la ONU.²⁵

Es por esto que el reconocimiento hecho por la Asamblea de Venezuela a petición del Presidente Venezolano Hugo Chávez, no sólo carece de las bases fácticas requeridas, sino que no surte efectos frente a las normas que regulan el conflicto armado entre las Fuerzas Armadas del Estado y las FARC.

Todo lo anterior nos permite concluir que las FARC no reúnen los requisitos necesarios para optar a un posible reconocimiento de beligerancia, inexistente hasta la fecha por parte del Estado Colombiano, y por lo tanto las normas aplicables al conflicto armado colombiano son las que regulan los conflictos armados internos.

Luego de desvirtuar las teorías propuestas por las FARC, y entendiendo cuál es el marco legal

<http://www.cicr.org/web/spa/sitespao.nsf/html/5TDMMU>

²⁰CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Decisión de la sala de apelaciones del 13 de Marzo de 2004 (Decision on challenge to jurisdiction: Lomé accord amnesty.) Caso No. SCSL-2004-15-AR72(E).

²¹Ibid. Para. 42

²²Ibid. Para. 40

²³Ibid. Paras. 42, 45

²⁴VERMA, S.K. An introduction to Public International Law, Prentice-Hall of India Pvt.Ltd. 30 Octubre 2004. pag 113-114.

²⁵ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución No 2625 (XXV) sobre los principios de Derecho

aplicable al conflicto colombiano, es necesario analizar la situación jurídica de aquellos soldados y policías en poder de las FARC.

IV. Los Policías y Soldados Capturados por las FARC, Según las Normas del DIH.

Comenzaremos por anotar enfáticamente que ninguna norma del DIH aplicable a los conflictos internos contempla la existencia de prisioneros de guerra, pues dicho concepto es aplicable únicamente en conflictos armados internacionales.

La razón de dicha diferenciación es clara, y se hizo evidente en los procesos de negociación de las convenciones de Ginebra: En un conflicto armado interno el Estado no pierde la capacidad de juzgar a aquellos individuos, sus propios súbditos, que se alzan en armas en su contra.²⁶ En un conflicto armado internacional resultaría ilógico que un Estado juzgue a los soldados de otro Estado por tomar las armas en su contra.

Sin embargo, el cuerpo de normas aplicables a los conflictos internos no es ajeno a la posibilidad de la captura de un miembro de una parte del conflicto por parte del enemigo, y existen una serie de obligaciones que buscan proteger a dichas personas cuando estas situaciones se presentan.

Sin el ánimo de establecer que tipos de normas del DIH aplicables a conflictos internos regulan el conflicto colombiano, el siguiente análisis se realizará con base en todas las normas del DIH aplicables a conflictos internos pues la intención de este artículo es resaltar que la situación de los soldados y policías capturados por las FARC en Colombia se encuentra regulada por todos los tipos de normas aplicables a un conflicto interno.

Recordemos pues que los soldados y policías colombianos, terminaron en poder de las FARC luego de sostener intensos combates armados durante horas o días y rendirse ante su incapacidad para continuar defendiéndose; o fueron capturados durante el combate (incluso algunos estando heridos como el recientemente liberado Josué Daniel Calvo).

En ese sentido es posible hacer las siguientes apreciaciones:

a. Los soldados y policías colombianos mencionados son sujetos de protección de las normas del DIH aplicables a los conflictos armados internos:

El artículo 3 común a las convenciones de Ginebra establece que las protecciones allí establecidas cobijan, entre otros, a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, y a las personas puestas fuera de combate por detención o por estar heridas.

Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas. U.N. Doc. A/8028 (1971). ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS resolución No 2131 (XX) sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. UN Doc. A/6014 (1965).

²⁶COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Comentarios al Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

El protocolo II adicional, que se aplica a conflictos internos de mayor intensidad, desarrolla y complementa el artículo 3 común “sin modificar sus actuales condiciones de aplicación”, por lo tanto las personas protegidas por el artículo 3 común son las mismas para el protocolo II adicional. Además el artículo 4 del Protocolo II²⁷ contempla expresamente a personas que “hayan dejado de participar de las hostilidades” reafirmando lo establecido anteriormente.

b. El DIH califica a estas personas como 'personas privadas de su libertad por motivos relacionados al conflicto' cuando están en poder de la parte enemiga:

Al respecto existen dos sub-grupos: En primer lugar, personas privadas de la libertad por razones de seguridad, y en segundo lugar, personas privadas de la libertad en razón a un proceso penal por infracciones penales relacionadas al conflicto. Ambos grupos de personas pueden ser detenidos, o internados según el lugar de reclusión.

Adicionalmente el DIH también reconoce a personas que no encajan completamente dentro de esta definición pero que son consideradas personas a las que se les restringe la libertad, y a las cuales se les extienden las protecciones, por virtud del párrafo 3 del artículo 5 del citado Protocolo Adicional.

En cuanto a las personas privadas de la libertad por razones de seguridad debemos decir que las normas del DIH imponen la obligación de liberarlas tan pronto las razones para su privación de la libertad dejen de existir, es decir tan pronto el individuo deje de representar una amenaza para la seguridad de la parte captora en el contexto de las hostilidades. Esta interpretación hace parte de las costumbres aplicables a los conflictos internos.²⁸

Curiosamente un ejemplo de lo anterior proviene de las FARC que según su parte de guerra sobre la toma de la estación de policía de San Marino, Chocó del 17 de Diciembre de 2005, exponen como resultado de su operación a: “8 agentes de la policía muertos, 9 heridos, 29 retenidos y liberados por las FARC el día 20.”²⁹

En cuanto al segundo grupo, personas privadas de la libertad en razón a un proceso penal por infracciones penales relacionadas al conflicto, las normas del DIH imponen ciertos requisitos para dictar y ejecutar sentencias en contra de estas personas.³⁰ Es decir que dichas personas pueden ser “condenadas” a detención por violar las normas de la guerra.

²⁷Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Artículo 1.

²⁸Dicha interpretación proviene principalmente de las normas de Derechos Humanos relativas a la detención arbitraria. Ver: HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. primera edición, Octubre de 2007. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Customary Rules of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts of a Non-International Character. A Study by the International Committee of the Red Cross, Regla No. 96, pag 10. “Persons deprived of their liberty in relation to a non-international armed conflict must be released as soon as the reasons for the deprivation of their liberty cease to exist.”

²⁹FARC-EP. Parte de Guerra, toma de San Marino, Chocó. Estado Mayor del Bloque José María Córdoba. Diciembre 20 de 2005. En: <http://www.cedema.org/ver.php?id=1022>

³⁰Fundamentalmente se trata de sentencias dictadas por un tribunal legítimamente constituido con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados, en los términos del artículo 3 común. Y en cuanto al protocolo adicional II se refiere, un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, más las garantías fundamentales de un debido proceso contenidas en el artículo 6.

c. Para el género “personas privadas de la libertad por motivos relacionados al conflicto” (incluyendo a ambos sub-grupos) el DIH aplicable a todo tipo de conflicto interno otorga la garantía fundamental de no ser convertidos en rehenes:

De esta forma el párrafo 1, literal b, del artículo 3 común a las convenciones de Ginebra prohíbe expresamente en todo tiempo y lugar que los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por detención, sean tomadas como rehenes.

De igual forma, el párrafo 2, literal c, del artículo 4 prohíbe en todo tiempo y lugar que las personas que hayan dejado de participar en hostilidades, que estén o no privadas de la libertad, sean tomadas como rehenes.

En este sentido podemos concluir que los soldados y policías colombianos que bajaron las armas y se rindieron, así como aquellos que fueron capturados, son sujetos de protección de las normas del DIH. Una de las protecciones otorgadas por ese cuerpo de normas es la prohibición de tomar a estas personas como rehenes. La toma de rehenes será explicada a continuación.

V. Toma de Rehenes en el Derecho Internacional Penal.

Una vez explicado el marco jurídico del DIH en el que se encuentran los soldados y policías colombianos, es necesario explicar en que consiste la toma de rehenes, y porque razón las FARC cometen este crimen en contra de dichos miembros de la fuerza pública.

La toma de rehenes es un crimen a nivel internacional que genera la responsabilidad individual de quien lo cometa. Su inclusión como crimen a nivel internacional no es exclusiva de las convenciones de Ginebra, y continuamente se hace referencia a la definición contenida en la Convención Internacional sobre la toma de rehenes de 1979,³¹ citada a continuación:

“Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención.”³²

Tal vez el hecho más relevante para este artículo es que la toma de rehenes no se considera únicamente un crimen ordinario objeto de unificación y regulación mediante el mencionado tratado. Cuando ocurre en el marco de un conflicto armado de cualquier tipo, frente a las personas protegidas por las normas del DIH, constituye el crimen de guerra de toma de rehenes.

En cuanto a los conflictos internos se refiere, la toma de rehenes se encuentra prohibida en

³¹Dicha convención no es aplicable al caso de los soldados y policías colombianos en poder de las FARC por virtud del artículo 13 que estipula “La presente Convención no será aplicable en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado.”

³²Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes. Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución 34/146 el 17 de diciembre de 1979 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de junio de 1983 de conformidad con el artículo 8.

todo tiempo y lugar frente a las personas protegidas, tanto en el artículo 3 común, como en los artículos 4 y 5 del protocolo adicional II. En este sentido el crimen de guerra de toma de rehenes en conflictos internos se encuentra tipificado en los estatutos de varios Tribunales Penales Internacionales,³³ Cortes Híbridas,³⁴ y la Corte Penal Internacional.³⁵

En la misma medida, la legislación penal colombiana incluye el crimen de toma de rehenes en el Título II (delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario), artículo 148 del Código Penal de la siguiente forma:

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de veinte a treinta años, multa de dos mil a cuatro mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince a veinte años.”

El numeral 6 del párrafo del artículo 135 del mismo código contempla como personas protegidas, entre otras, a “los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga” haciendo aplicable este crimen de guerra a nivel interno.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el elemento adicional a la detención física de la persona protegida que debe probarse para establecer el crimen de toma de rehenes es la existencia de una amenaza condicional con respecto al bienestar físico y mental de la persona.³⁶

Esta amenaza ha sido incluida en la definición del crimen de toma de rehenes y corresponde a la amenaza de matar, herir, o mantener detenida a dichas personas, con el fin de condicionar las acciones de un tercero, incluyendo al Estado mismo.

En el caso de las FARC, la amenaza corresponde en primer lugar al hecho de mantener detenidos a los soldados y policías hasta que el Estado colombiano acceda y cumpla con ciertas condiciones que van desde el despeje de parte del territorio, la instalación de diálogos de paz, el “canje de prisioneros” mediante un acuerdo humanitario, hasta el regreso a Colombia de guerrilleros extraditados a los Estados Unidos.³⁷

Como si esto fuera poco, las FARC constantemente “responsabilizan” al Estado por la posible

³³El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia contempla la 'toma de civiles como rehenes' un crimen bajo su artículo 2(h), y como violación a las leyes y costumbres de guerra bajo el artículo 3. Por otra parte el Estatuto del Tribunal Penal para Rwanda contempla el crimen de toma de rehenes en el artículo 4(c) como violación al artículo 3 Común y el Protocolo Adicional II.

³⁴El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona contempla el crimen de toma de rehenes en su artículo 3 como violación al artículo 3 Común y el Protocolo Adicional II.

³⁵El artículo 8(2)(c)(iii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla el crimen de toma de rehenes como violación al artículo 3 común a las convenciones de Ginebra.

³⁶TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA The Prosecutor vs. Blaskic Trial Chamber Judgement para. 708, Appeals Judgement para. 639; y The Prosecutor vs. Kordic and Cerkez Trial Chamber Judgement paras. 305 – 320.

³⁷Al respecto basta ver los comunicados de las FARC durante los últimos 5 años.

ejecución de los rehenes ante un intento de rescate militar por parte de las fuerzas armadas. En este caso, la amenaza implícita es la muerte de los rehenes con el propósito de que se abstengan de escapar, y el Estado desista de realizar operaciones de rescate.³⁸

Esto no significa que un posible acuerdo especial entre el Estado y las FARC donde se liberen a los rehenes a cambio de liberar a guerrilleros presos sea ilegítimo. Por el contrario, esta situación se encuentra contemplada por las normas del DIH, sin embargo el hecho de condicionar la libertad de una persona protegida por el DIH a cualquier acción u omisión, por legítima o ilegítima que ésta resulte, es en sí el elemento diferenciador del crimen de guerra de toma de rehenes.

Finalmente, cabe recordar que el crimen de guerra de toma de rehenes es un delito permanente o continuo, es decir que el sujeto activo realiza acciones u omisiones que prolongan en el tiempo los efectos antijurídicos de su conducta. Es decir, el delito de toma de rehenes se prolonga mientras subsistan sus elementos, y hasta que se liberen a los rehenes.

Es por esta razón que los soldados y policías en poder de las FARC no son prisioneros de guerra, sino las víctimas del crimen de guerra de toma de rehenes. Este es el término que se debe utilizar, y la tipificación correcta del crimen a nivel nacional bajo las normas del Código Penal, como frente a instancias internacionales cuando así proceda.

Esto último resulta sumamente interesante pues si bien los soldados y policías fueron capturados por las FARC hace varios años, la realización del delito sigue en curso hasta la liberación de los rehenes y por ende aquellos casos de los soldados y policías que aún están en poder de las FARC, al igual que las liberaciones realizadas después del 1 de Noviembre de 2009, pueden ser objeto de conocimiento por parte de la Corte Penal Internacional pues el crimen se continuó cometiendo con posterioridad al vencimiento del término establecido en el artículo 124 del Estatuto de Roma utilizado por Colombia.³⁹

VI. Teoría de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (OACNUDH).

El 18 de Noviembre de 2004 la OACNUDH publicó un documento titulado “Diez puntos de orientación en la búsqueda de la libertad de las personas en poder de los grupos armados ilegales en el marco del conflicto armado interno en Colombia” en donde esta entidad diferencia entre civiles en poder de las FARC, y miembros de la fuerza pública en poder de las FARC.

³⁸El Tiempo. Bogotá D.C. Martes 13 de Abril de 2010, “El soldado Josué Daniel Calvo también contó [cómo] las FARC lo encadenaban en la noche y lo amenazaban constantemente con matarlo si se fugaba o lo intentaban rescatar.”; FARC-EP, Comunicado del Estado Mayor del Frente Aurelio Rodríguez de Mayo 20 de 2006 “Reiteramos que el presidente Uribe Vélez es el directo responsable de la integridad física del parlamentario en nuestro poder en caso de un intento de rescate por parte del ejército.” En: <http://www.cedema.org/ver.php?id=1359>; FARC-EP Comunicado del Bloque Sur Diciembre 24 de 2009 “a pesar de los evidentes vínculos del gobernador del Caquetá Luis Francisco Cuellar con el para militarismo, el objetivo de la retención no era ajusticiarlo... Este indeseado y trágico desenlace, es consecuencia directa de la orden impartida por Álvaro Uribe a las fuerzas militares del rescate a sangre y fuego” En: <http://www.cedema.org/ver.php?id=3701>.

³⁹Dicho artículo permite a un Estado parte declarar que no reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional sobre crímenes de guerra durante 7 años desde que el tratado entre en vigor para aquel Estado.

En este sentido la OACNUDH usa el término rehenes exclusivamente para los civiles, excluyendo a los miembros de la fuerza pública a quienes califica de personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado. Igualmente esta entidad considera que las FARC cometen el crimen de guerra de toma de rehenes sólo contra los civiles, mientras que las FARC violan únicamente las condiciones y garantías básicas de reclusión impuestas por el DIH frente a los soldados y policías en cautiverio.⁴⁰

Esto a todas luces es inadmisibile pues si bien la diferenciación entre civiles y combatientes es válida, no por este simple hecho debe entenderse que aquellos combatientes que bajan las armas o son puestos fuera de combate por detención, y se consideran personas privadas de la libertad por motivos relacionados al conflicto, pierdan las protecciones que el DIH les confiere, incluyendo evidentemente la prohibición en todo tiempo y lugar de ser sujetos de la toma de rehenes.

La teoría de la OACNUDH es ilógica pues implicaría que en esos mismos términos las Fuerzas Armadas del Estado podrían utilizar a los guerrilleros puestos fuera de combate por detención o rendición, amenazándolos con causarles la muerte, heridas, o detenerlos indefinidamente; con el fin de condicionar a las FARC para hacer o dejar de hacer algo, caso en el cual no estarían cometiendo el crimen de toma de rehenes.

La OACNUDH al proponer esto olvida que los crímenes de guerra también se cometen en contra de los combatientes protegidos por el DIH, incluyendo a aquellos que por algunas causas se encuentran por fuera de combate por rendición, detención, o privación de la libertad.

VII. Conclusiones.

Muchas denominaciones se les ha dado a los soldados y policías en poder de las FARC, debido en gran parte a su condición de combatientes en el marco del conflicto armado colombiano, sin embargo las FARC han demostrado con su conducta criminal que, al igual que los civiles en su poder, aquellos soldados y policías también son instrumentos de chantaje, configurando el crimen de guerra de toma de rehenes y convirtiéndolos en víctimas del crimen, es decir, rehenes.

Por lo tanto debe rechazarse definitivamente que se les llame prisioneros de guerra pues ese concepto es exclusivo de los conflictos armados internacionales, y el caso colombiano es un conflicto armado interno donde esa figura no existe. También debe rechazarse la teoría de quienes afirman que únicamente los civiles pueden ser rehenes, pues esta teoría ignora gravemente que incluso los combatientes cuando no toman parte de hostilidades, por rendición o detención, son sujetos de protección del DIH y por ende deben ser protegidos contra la toma de rehenes, y consecuentemente pueden llegar a ser víctimas de dicho crimen. De la misma forma el título de secuestrados no es aplicable pues hay condiciones especiales que califican dicha conducta como toma de rehenes por su contexto dentro del conflicto armado y la protección conferida a ciertos sujetos.

⁴⁰OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Diez puntos de orientación en la búsqueda de la libertad de las personas en poder de los grupos armados ilegales en el marco del conflicto armado interno en Colombia. Bogotá, Colombia. 18 de Noviembre de 2004. En: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=70&cat=24>

En conclusión los soldados y policías colombianos en poder de las FARC son víctimas del crimen de guerra de toma de rehenes y esto debe reconocerse ampliamente para evitar que teorías erradas justifiquen la comisión de dicho crimen. Por lo tanto los miembros de las FARC responsables a cualquier título de instaurar la política de toma de rehenes o llevarla a cabo, deben ser juzgadas y condenadas por el crimen de guerra de toma de rehenes ya sea en cortes colombianas o ante la Corte Penal Internacional si así procede conforme al principio de complementariedad.

Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución número 2625 de 1970, Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación Entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

_____. Resolución número 2131 de 1965, Declaración Sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía.

_____. Resolución 34/146 de 1979, Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes.

ÁVILA, Ariel Fernando y NÚÑEZ, Magda Paola. “Expansión territorial y alianzas tácticas”. En: Revista Arcanos, No 14, (Diciembre 2008).

CASSESE, Antonio. “International Law”. En: Oxford University Press, USA, (February, 2005).

COMUNICADOS OFICIALES Y PARTES DE GUERRA DE LAS FARC-EP. Disponibles en: <<http://www.cedema.org>>

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio jurídico, Vol II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores (2001).

ESTATUTO DE LA CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, (2000)

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, (1998)

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, (1993).

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RWANDA, (1994).

FERRO MEDINA, Juan Guillermo y URIBE RAMÓN, Graciela. El Orden de la Guerra. Las FARC-EP: Entre la Organización y la Política. Bogotá: Centro Editorial Javeriano, 2002.

GRANT, Ulysses S. Special Message to the Senate and House of Representatives. (1870).

HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise, 'El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario', Cambridge University Press: 2007.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Customary Rules of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts of a Non -International Character. Disponible en: <http://www.adh-geneva.ch/RULAC/pdf_state/ICRC-Study-of-Customary-Rules-of-IHL-in-Non-International-Armed-Conflicts.pdf>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, The Prosecutor vs. Blaskic.(2000).

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, The Prosecutor vs. Kordic and Cerkez. (2004)

LAUTERPACHT, Sir Hersch. Recognition in International Law. Cambridge: (1947).

LOOTSTEEN, Lieutenant Colonel Yair M., “The Concept of Belligerency in International Law”. En: Military Law Review, Vol 166, (1998).

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. República de Colombia. “Las FARC en el peor momento de su historia”, (2008).

MOIR, Lindsay. “The Law of International Armed Conflict”. En: British Yearbook of International Law, No. 75, (2004).

NIETO NAVIA, Rafael. “¿Hay o No Hay Conflicto Armado en Colombia?”. En: Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Año 1, No. 1, (2008).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Diez puntos de orientación en la búsqueda de la libertad de las personas en poder de los grupos armados ilegales en el marco del conflicto armado interno en Colombia”, (2004).

PICTET, Jean S., Comentario a los convenios de Ginebra. ICRC: 1949.

PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo II).

PROTOCOLO ADICIONAL II A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, The Prosecutor vs. Morris Kallon & Brima Bazzy Kamara. (2004)

VERMA, S.K. An Introduction to Public International Law. Delhi: Prentice-Hall of India, (2004).

THE CONCEPT OF THE CRIMINAL OFFENCE IN AUSTRALIAN CRIMINAL LAW

Guy Cumes*

Abstract:

Since the concept of criminal offence is not a concept that is clearly defined by common law, this paper focuses on this concept within Australian criminal law, identifying its borders with other issues to which it is closely related, like criminal liability. All this is addressed from the viewpoint of both a general part and a special part of Australian criminal law.**

Key Words:

Criminal Offence; Issues; Demarcation; Code and Non Code Jurisdictions; Criminal Responsibility.

Resumen:

Teniendo en cuenta que el concepto de ofensa no está claramente definido por el sistema de common law, este texto se centra en dilucidar dicho concepto en el derecho penal australiano, así como en identificar de los límites del mismo. Todo ello se aborda tanto desde la parte general como desde la parte especial del derecho penal australiano.

Palabras Clave:

Ofensa Criminal; Cuestiones; Demarcación; Jurisdicciones Con y Sin Codificación; Responsabilidad Penal.

Summary:

I. Introduction.

II. The Concept of the Criminal Offence. III. The Criminal Offence, Wrongful Conduct and Legal Theory. IV. The Concept of Categorization of the Criminal Offence. V. The Concept of the Offender. VI. The Concept of a General Part and Special Part of Criminal Law. VII. Conclusions. i. Appendix.

*Guy Cumes is a researcher at the Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law) in Freiburg, Germany. He is a lawyer and academic in Australia where he has worked extensively in both criminal law and in private law. He is a former member of the Mental Health Review Tribunal and Consumer, Trader and Tenancy Tribunal, Local Court arbitrator, Notary Public and mediator. His areas of teaching and research at Charles Sturt University have included criminal law and procedure, law of criminal evidence, criminal and civil justice policy, administrative law, human rights law, torts and contract. He has published in these areas of law as well as in international criminal law and justice in which his recent published works are a book chapter in Binchy, W. (ed.), *Timor-Leste: Challenges for Justice and Human Rights in the Shadow of the Past*, and 'Conflict, international intervention and criminal tribunals as transitional justice mechanisms: the legacy of failed justice in Timor-Leste', (forthcoming) in *Internationales Asienforum*. E-mail: g.cumes@mpicc.de

**Abstract added by the editor – Resumen agregado por la editora.

I. Introduction.

Australian criminal law comprises a conglomerate, complex project which consists of the legislation and common law of the Commonwealth, and each of the states and self-governing territories. Although there is much uniformity in the criminal law in the Code and non-code jurisdictions within Australia¹ there is no singular definition of crime that is either contained within their separate criminal law systems, or shared by them.

This absence of clear definition has long been a cause of discomfort for common law legal scholars. In his treatise on the Outlines of Criminal Law Kenny comments:²

'There is one grave – if not indeed insoluble – difficulty which has to be faced in studying the law of crime. And this difficulty comes at the very outset of the subject. For it consists of the fundamental problem – What is a Crime?... How are we to distinguish those breaches of the law which are crimes from those which are merely illegal without being criminal?'

This concern about the definition of crime is expanded upon in a later edition of this work:³

'The definition of a crime has always been regarded as a matter of great difficulty...The truth appears to be that no satisfactory definition has yet been achieved, and that it is, indeed, not possible to discover a legal definition of crime which can be of value for English law. The reasons for this are to be found in the history of our common law'.

Despite the absence of a singular definition of crime there is still significant unity and uniformity in the criminal law within Australia. The concept of the criminal law in Australia is not nebulous or ill-defined and the reasons for this are manifold. They are associated with common historical, political and cultural roots which are most strongly formulated by the fundamental and intrinsic position of the rule of law within Australian legal tradition. The result is that there is generally considerable and almost complete overlap at the level of general doctrine within the basic foundations of Australian criminal law. This is demonstrated by the concept of the criminal offence. Although there is no uniform definition of this and related concepts within Australian criminal law, those that exist are expressed in similar language, so that, with the aid of the common law concept, a uniform concept of criminal offence can be posited for Australian criminal law.

This purpose of this paper is to address the concept of the criminal offence within Australian criminal law and the core issues which assist to inform it and with which it is connected. The concept of the criminal offence does not exist in isolation. There are broad and often overlapping borders between this concept and other issues to which it is closely related particularly the concept of criminal liability, and therefore the analysis extends to issues that lie at the intersection of these concepts. Within this paper this is addressed briefly within the concept of a general part and a special part of

¹This division within Australian criminal law is not dealt with here. See the Appendix to this paper for a brief explanation of the operation of code and non-code jurisdictions in Australia

²Kenny, C. S., *Outlines of Criminal Law*, (4th ed), Cambridge, 1909, p. 3 (reprinted in Turner J.W.C., *Kenny's outlines of criminal law* (16th ed), 1952, p. 530-547)

³Turner J.W.C., *Kenny's outlines of criminal law* (19th ed), Cambridge, 1966, at p. 1, see generally p. 1-6

Australian criminal law, an aspect of Australian criminal law that directly raises the form by which Australian criminal law addresses the concept of criminal liability.

The concept of the criminal offence has a central role in criminal law doctrine. It focuses on the issue of the nature and form of the fact of the offending conduct and examines how this is constituted and structured. In this sense it refers to the structure of the criminal act. It is an area of micro analysis of the criminal law and this distinguishes it from analysis of the function, nature and form of criminal law as a discrete area of the law in general, an area of macro-analysis.

This understanding of the concept of the criminal offence also provides a foundation for its intrinsic relationship to the concept of criminal liability, which arises from it. This concept, which is expressed in Australian criminal law through the concept of 'general principles of criminal responsibility', is a distinct and complex issue which expands on the foundations of the fact of the offence and the fact of the criminal act, expressed through the notion of the criminal offence itself. It is founded on and requires an analysis of the objective and subjective elements of the offence, as well as how these elements inform the core aspects of liability in Australian criminal law, namely the physical and fault elements of the offence. This understanding of the concept of criminal responsibility makes it an issue for separate consideration which is beyond the immediate scope of this paper.⁴

In focusing on the criminal offence, the paper aims to explore and explain what the concept means in Australian criminal law, how the criminal offence itself is structured, what its core elements are, and how this informs the concept of the criminal wrong. This requires consideration of issues which inform the concept itself. The first of these is discussion of the qualitative as well as the quantitative aspects that distinguish crimes from other wrongs that have a civil or administrative character. Amongst other considerations, an important aspect here is the concept of wrongfulness as a necessary characteristic of a criminal wrong and how this may be informed within Australian criminal law by the idea that derives essentially from German criminal law theory, of the protection of legal interests, as a means of informing the substantive concept of the criminal offence.⁵ A second issue that informs the concept of the criminal offence is the categorization of crimes according to the seriousness of the act or to the type and severity of the threatened punishment. In Australian criminal law these issues have far-reaching substantive legal as well as procedural consequences for the nature and operation of criminal law. Thirdly, the concept of the criminal offender arises as an issue for consideration within the context of this paper. This occurs from the obvious fact that criminal offences attach to offenders, and who these are needs to be established before criminal liability can be found and imposed. Already however in this area of analysis the borders between the criminal offence and criminal liability begin to manifest themselves.

In dealing with these issues the paper constitutes part of a broader goal that seeks to establish a framework for an analysis of Australian criminal law that addresses and distinguishes core

⁴See for a brief overview of the operation of general principles of criminal responsibility within Australian criminal law, my Chapter 'The concept and systematization of the criminal offence in Australia' in International Max Planck Information System for Comparative Criminal Law, Max-Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, forthcoming.

⁵The phrase, 'substantive concept' is used here in a broad, open sense and not necessarily as referring to the 'material' wrong of a crime, or the concepts of material unlawfulness and the material concept of crime, as these concepts have been developed within German criminal law theory. However, the use of the term here and its relationship to a concept of 'legally protected interest', as set out in this paper (see below), represents an attempt to start to consider how the concept of legal protected interest may be a consideration in the nature and form of the criminal offence within Australian criminal law.

concepts that inform it. The point here is that in framing a definition and understanding of the criminal offence and of elements that inform it (the concept of 'wrong', categorization of crimes, of the offender and the distinction between criminal offence and criminal liability as core concepts of the law) the paper seeks to establish a framework for an analysis of Australian criminal law that recognizes complex features of it and to treat them as discrete topics whilst recognizing the inherent links between them.

II. The Concept of the Criminal Offence

a. Criminal Offence Definition within Australian Criminal Law.

There is no singular definition of criminal offence within Australian law, and the Code and non-code jurisdictions generally adopt a different approach to the need for a definition.

Consistently with the role of the Code as a complete statement of the law,⁶ the Criminal Codes of Queensland (Qld), Western Australia (WA) and Tasmania (Tas) contain a definition of the term 'offence',⁷ while the Northern Territory (NT) contains a definition of 'commission of offence'.⁸ QLD, WA and Tas also contain a brief definition of 'crime' which is linked to the division of criminal offences into categories.⁹ A different approach to the meaning of 'offence' is adopted in the Commonwealth Criminal Code and the Criminal Code of the Australian Capital Territory (ACT), as well as, for limited purposes, the NT Criminal Code.¹⁰ In each of these jurisdictions the definition of offence is based on the meaning of 'the elements of an offence'.¹¹

The other criminal law jurisdictions in Australia, the non-code jurisdictions, do not contain a legislative definition of criminal offence and are guided in its meaning by broad common law definitions of crime and criminal law. The common law however does not contain a given, singular, universal definition of these concepts. As noted above, as far as the common law is concerned, the concept of crime and issues related to it, such as the concept of an 'offence' or 'commission of offence'

⁶See Appendix

⁷In the Criminal Code (QLD) and Criminal Code (WA) offence is defined as, 'an act or omission which renders the person doing the act or making the omission liable to punishment' (s. 2). The Criminal Code (Tas.) contains a broader definition, defining 'offence' as 'any breach of the law for which a person may be punished summarily or otherwise' (s 1).

⁸In the Criminal Code (NT) 'commission of offence' is defined as, 'an offence is committed when a person who possesses any mental element that may be prescribed with respect to that offence does, makes or causes the act, omission or event, or the series or combination of the same, constituting the offence in circumstances where the act, omission or event, or each of them, if there is more than one, is not authorized or justified' (s. 2)

⁹Offences in Australian criminal law are generally divided between 'indictable' and 'summary' offences. See below at 'Categorization of crime'

¹⁰The Northern Territory (NT) has two different approaches to the definition of offence, namely a definition of 'commission of offence' in s. 2 of the Code as well as the definition based on 'elements of an offence' in Part IIAA, s 43AB. This Part, which adopts the provisions of Chapter 2 of the Commonwealth Criminal Code, commenced in 2005 but applies only to prescribed offences which are set out in Schedule 1 of the Code. These are limited in number, and therefore Part IIAA itself has limited application to criminal offences within the NT. See Watson, *Australian Criminal Law: Federal Offences*, 10.120, 10.480.

¹¹This definition is, 'an offence consists of physical and fault elements'. See Criminal Code (Commonwealth) (Section 3.1(1)), Criminal Code 2002 (ACT) (Section 11) and Criminal Code (NT) (Section 43AB). This definition of offence in the Criminal Codes of the Commonwealth and ACT is in addition to a reference to 'offence' in the 'Dictionary' in the Commonwealth Criminal Code and the Crimes Act 1900 (ACT) respectively. This is however stated very broadly, e.g. 'offence means an offence against a law of the Commonwealth' (Commonwealth Criminal Code Dictionary)

is a matter of great difficulty. The concepts have been mentioned and articulated in the cases on numerous occasions¹² however, consistently with the essential form and nature of the common law as a collection of law stated in diffuse cases, the concept of a uniform definition has not been articulated. Despite this, the common law has developed a widely adopted definition of crime which forms the premise of the common law rationale of criminal law. This is generally ascribed to Lord Atkin in *Proprietary Articles Trade Association v Attorney-General for Canada*,¹³ who wrote:

'Criminal law connotes...such acts and omissions as are prohibited under appropriate penal provisions by authority of the state.'

b. Criminal Offence Definition, Legal Policy and the Rule of Law.

Within the context of Australian criminal law the differing approaches to and definitions of criminal offence and crime have a pragmatic effect. Most significantly, they reflect and permit a fluid and relativist approach to the definition of crime and particularly to the scope of the criminal offence as a foundation of criminal liability. This reflects deliberate legal policy, the intention of which is to allow maximum flexibility for the state in determining the breadth and scope of the criminal act. The result is that the Parliament in each jurisdiction in Australia has a wide power to define the contours of criminal conduct.

The breadth of this general criminal law making power recognizes the fluidity of crime as a social construct that changes with social, political and cultural conditions. Criminal law is a posited, within its Australian conception, as a codification in law of fundamental values, but these are fluid. They are dictated by and change with the demands of contemporary society. In this sense crime is characterized essentially as an injury or damage caused to the social, or community, good. The 'social good' is that set of social and communal,¹⁴ legal, cultural, political, and other public interest values that constitute and inform the construct of a society at any given historical moment.¹⁵ It is fluid and changes with the ebb and flow of the vast variety of interests and values that inform the social dynamic at any given time.

Further, the criminal law represents only one of many social processes which affect social values and conduct. The criminal law is a relative, as well as a selective process, for which there are alternatives when dealing with social problems. The result of a broad policy approach to the role and nature of Australian criminal law is that despite common areas of criminal conduct and liability, the criminal law of each jurisdiction is a reflection of localized and particular cultural, social and political influences.¹⁶ In Australia, accordingly, 'crime is simply what ever the law-makers (legislatures or courts) at a particular time have decided is punishable as a crime'.¹⁷ This essentially tautologous definition of crime is widely recognized and has credible foundations.¹⁸

¹²See e.g. a collection of definitions of 'crime' and 'offence' in James, John S., *Stroud's Judicial Dictionary* (4th ed), Sweet & Maxwell, London, 1971, Vol. 1 at p. 648 and Vol. 3 at p. 1824-26

¹³(1931) AC 310 at 324

¹⁴These include ethical, religious and aesthetic values

¹⁵See e.g. Ashworth, A., *Principles of Criminal Law* (6th ed), Oxford University Press, 2009, 'The boundaries of the criminal law are explicable largely as the results of political power at particular points of history', p. 3

¹⁶McSherry, B. & Naylor, B., *Australian Criminal Laws: critical perspectives*, Oxford University Press, 2004, p. 5.

¹⁷Bronitt, S. & McSherry, B., *Principles of Criminal Law* (2nd ed.), Lawbook Co., Sydney, 2005, p. 6. In other words, it is simply any conduct which is proscribed by the criminal law, as determined from time to time by the legislature, as being criminal and punishable (p. 7).

¹⁸See e.g. Hall, J., *General Principles of Criminal Law*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1947, p. 10. See for a contemporary observation of this characteristic of the definition, Daly, K., 'Aims of the criminal justice system' in Goldsmith, A., et al, *Crime and Justice: a guide to criminology* (3rd ed), Lawbook Co., 2006, p. 270

This definition of the notion of crime typifies a general approach towards the influence of, and reliance upon, social and public policy as a means of informing crime at the expense of criminal law theory generally in Australian criminal law.¹⁹ The nature of criminal law practice before the courts as a case management process in which a huge caseload of matters are dealt with according to managerialist principles of 'fair, just, fast and efficient' leaves little scope for a discerning approach to an assessment of criminal law as a social issue that requires extensive theoretical analysis.

Despite, however, the open parameters that the legislature allows to itself in setting the boundaries of crime, it is clearly necessary for there to be limits on the capacity of the state to 'make' criminal law. The concept of crime must be restricted by a legal framework so that the state cannot act arbitrarily, and the community has some advance knowledge of the range of conduct which is deemed to be impermissible and prohibited by criminal law. This fundamental requirement of the nature of criminal law is informed by the rule of law and more concretely, to the extent to which it exists within Australian criminal law, the principle of legality.²⁰ A definition of the criminal offence therefore provides at least a framework within which the body of the criminal law can operate and evolve. The core characteristics of the criminal offence are identified with this legal and social goal in mind.

c. A Formal Concept of Criminal Offence and Criminal Law in Australian Criminal Law.

These considerations of legal policy and the demands of the rule of law impact upon the broad schema of statutory definitions of offence and criminal offence, and the common law concept of the criminal offence. The consequence is that a broad concept of the criminal offence can be framed for Australian criminal law which is based on common elements of these definitions. This concept, which is akin to the idea of the formal concept of the criminal offence in civil law systems, can be postulated as follows: a criminal offence (or crime) is a legal wrong consisting of physical and fault elements which is prohibited by the state by way of penal provisions and punishment.²¹

This concept of the criminal offence is implemented within the criminal law by way of substantive and procedural rules of law. The concept of the criminal law, namely the law that gives effect to this notion of the criminal offence, arises through the linkage of this concept and the rules that give effect to it. An understanding of the relationship between these two aspects therefore assists to define the concept of the criminal law in Australia. This can be defined as a set of legal norms that determine the conditions under which legal persons may be held liable to punishment that is relative to the offending conduct.²² It is the law, the criminal law, which determines whether 'conduct' amounts to a 'crime'. The rule of law foundations upon which the criminal law is founded require that it is for the judiciary to decide this, i.e. whether conduct amounts to a criminal offence and offends the criminal law or not is assessed according to law which is determined by the judiciary.

¹⁹See below at 'The boundaries of the criminal offence and the role of legal theory'

²⁰The principle of legality has a nuanced and unclear definition in Australian criminal law. See for an analysis of the principle of legality within Australian criminal law, my Chapter 'Principle of legality (nullum crimen sine lege) in Australia' in International Max Planck Information System for Comparative Criminal Law, Max-Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, forthcoming.

²¹See Bronitt & McSherry, p. 6-7, McSherry & Naylor, p. 5, Lanham D., et al, Criminal Laws in Australia, The Federation Press, 2006, p. 8.

²²Bronitt & McSherry, p.6-7, noting esp. Lord Atkin at (1931) AC 310

III. The Criminal Offence, Wrongful Conduct and Legal Theory.

a. A Substantive Concept of the Criminal Offence.

The substantive concept the criminal offence is posted here as the notion of the nature and characteristics of the criminal offence that distinguish it from other wrongful conduct. This framing of the concept is conceived and derived from the notion of the concept in civil law systems of criminal law as, to put it in very general terms, human conduct whose wrongfulness deserves and requires punishment.

The concepts of the criminal offence and the criminal law noted above enable the criminal offence to be substantively conceived as a form of legal wrong that can be distinguished from other forms of wrong because it is comprised of features which, in the end, require that the actor should be subjected to punishment imposed by the state. These other wrongs with which the criminal wrong compares include civil wrongs and deviances from a moral norm which are of insufficient culpability to attract the punitive responses of punishment that is proscribed by the state.

b. A Qualitative and Quantitative Distinction between Crimes and Civil/Administrative Wrongs.

The procedural context in which conduct is proscribed by the criminal law is one of its critical defining characteristics. The criminal offence is constituted by the actualization of a verdict of criminal guilt following criminal proceedings. The punitive conditions that attach to the concept of the criminal offence – that certain conduct can be labeled as 'criminal' and 'punishable' and that this is realized through a formal guilt determining process - distinguishes it from other legal wrongs that are prohibited, and made unlawful, by other legal norms.

These elements of the concept of the criminal offence define crime and the criminal law as a discrete branch of the law. At this level of analysis a criminal wrong is contrasted to a civil wrong. The designation of conduct as criminal implies severe moral and social approbation. This does not attach to civil wrongs which operate at a lower and different level of social control and with different purposes.

The defining characteristic that separates criminal conduct from civil wrongs is that the commission of a criminal offence constitutes an offence which is punishable ultimately, though not always, by the deprivation of liberty. This severe punishment requires that the standard of proof of a criminal offence is the highest that the law imposes, 'beyond reasonable doubt'. It is this standard that defines and epitomizes criminal proceedings. Criminal proceedings are also characterized by the status of the prosecuting office, which is always a representative of the state in the form of the prosecutorial executive. In other words criminal prosecution is a public matter, and it is the state that has the principal power and responsibility to initiate and conduct criminal proceedings.²³

By contrast, a civil wrong does not have the quality of an 'offence' (qualitative distinction). The standard of proof for all civil wrongs is always 'on the balance of probabilities', a legally lower and less exacting standard. Civil proceedings are commenced by individuals although serious civil infractions may be dealt with by an office of the state. Even if they are however, the penalty for a civil infraction

²³Lanham, p. 6

never includes a punitive order such as custodial sentence.²⁴

Civil wrongs and the concept of 'civil law' include a very broad range of conduct but it is only at the border with the criminal law that there is any consternation with respect to the distinction (quantitative distinction). At this level civil wrongs aim to deal with serious regulatory infractions. The distinction here between civil and criminal relates to the moral opprobrium and the social censure and stigma attached to the conduct.²⁵

Despite the theoretical distinction, in practice it is blurred by a wide range of civil punishments for industrial, corporate and individual wrongs which carry severe, but not custodial penalties. The existence of these so-called quasi-criminal, or criminal-like offences, confuses the framework that distinguishes criminal and civil wrongs. However the fundamental distinctions noted here remain. Once the offence crosses the boundaries of the standard of proof and the quality of punishment it becomes criminal. Within the fluid framework within which regulatory law operates, this will only happen where the state deems the conduct to be 'criminal' and attaches punitive consequences to it because of the moral and social harm with which it is associated.

c. Indicators of Wrongfulness, Legally Protected Interests, and the Rule of Law.

The considerations that inform the distinction between criminal and civil conduct are based on legal and social values, but these are not defined, categorized or prioritized by the law. They include considerations about the seriousness of the offence and gravity of harm arising from it, and are informed by concepts of moral blameworthiness, reprehensibility, dangerousness, and wrongfulness amongst others. These considerations inform values that are aimed at protecting legal and social interests which may be, but are not necessarily, formulated in legislation or common law.

The legal and social values that inform the law and which underpin the distinction between criminal and other wrongs include a wide range of factors such as, protection from harm, guaranteeing and ensuring the security of the individual and the community, quiet enjoyment of property and non-violation of ownership and use of property, non-interference in the use, enjoyment and access to public and social amenities,²⁶ categorization and enforcement of deemed socially proper personal and community health behaviour,²⁷ and the equalization of burdens and responsibilities for social privileges.²⁸

²⁴E.g. pursuant to the Australian Consumer Law, the first phase of which came into operation in March 2010, the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), a Commonwealth statutory office, may seek civil pecuniary penalties for contravention of consumer protection law and for failure to comply with enforcement powers within the legislation. These penalties permit very significant financial fines against offending corporations and individuals. However the leverage of these penalties lies in the ability of the ACCC to encourage offending corporations to compensate consumers, or in other non-punitive civil remedies such as injunctions and bankruptcy proceedings, rather than in punitive custodial enforcement measures. See Terceiro, M., 'Ramping up the powers of the consumer regulator and the court', NSW Law Society Journal, Vol. 48(3) (April 2010), pp. 66-70

²⁵Bronitt & McSherry, p. 8

²⁶This consideration informs laws that prohibit e.g. offensive behaviour, language and conduct in public places, and graffiti on private property and proscribed public places

²⁷E.g. laws prohibiting the use of particular drugs

²⁸E.g. social security fraud, tax law criminalization, corporate crime, trade practices and environmental criminal legislation

All of these factors and considerations constitute a broad framework for defining the parameters of criminal and civil culpability. They constitute a range of matters that are taken into account in determining the propriety of state intervention through the criminal law in personal and social affairs, and therefore how the state categorizes conduct at any particular historical moment. They can be traced to legal and political philosophy and in particular the philosophy that underpins liberalist values within the criminal law such as the concept of harm, as well as its counterpoint, the utilitarian critique of autonomous liberty.²⁹

But these factors and considerations and their historical roots constitute something that is broader than a mere framework of regulatory law. In the end they represent political, social, economic and cultural decisions that are made within the context of a range of legal norms that are informed most strongly by the rule of law. Their effect is, in turn, that they inform contemporary and future legal norms, and particularly the norms of criminal law.

d. The Concept of Legally Protected Interest as a Concept within Australian Criminal Law³⁰

Legal and socially protected interests have an indirect influence in informing criminal offences or a range of offences. The protection of these interests represents an underlying purpose of the criminal law rather than a concrete objective element of an individual offence. This goal informs the reason for promulgation of the offence, but it is not necessary to establish, as part of the elements of the offence, particularly the physical elements of it, any specific legal interest that the offence aims to protect.³¹

There are two broad circumstances in which the protection of a legal interest may inform the substantive content of an offence. These are firstly, the cumulative grouping of offences which share common attributes in particular parts of legislation, and secondly by way of a statement at the beginning of, or within particular parts of legislation, which sets out the purpose or goal of the legislation, or a part of it.

Criminal legislation of each of the Australian jurisdictions contains a wide range of substantive offences that are grouped according to common characteristics. This classification demonstrates a legislative goal to protect particular legal and social interests. For example, in the Criminal Code (QLD) offences are listed in 'Parts' below headings that include, inter alia, in Part 3, 'Offences against the administration of law and justice, against office and against public authority'. Sections which describe offences of corruption, extortion and abuse by public officials in this Part of the Code are designed to address a specific legal and social interest, namely the due accountability and transparency of acts of public officials. In this broad way, protection of legal interests is an implied element in the structure of specific criminal offences in this part of the Code.³² A corollary of this is that offences within this part are less likely to be informed by other legal interests that are the concern of other parts of the Code, and vice versa. This example is replicated in the criminal legislation of other jurisdictions.

²⁹See below at 'The boundaries of the criminal offence and the role of legal theory'

³⁰The concern of this section (which is an excursus to the central issues addressed up to this point) is to consider how the concept of legal protected interest may be a consideration in the nature and form of the criminal offence within Australian criminal law

³¹Any exception to this general position would need to be clearly set out as an element of the specific offence.

³²This analysis is founded upon the general law of statutory interpretation. Most fundamentally this requires that sections or parts of legislation must be interpreted in a way that is consistent with, and conforms to, the specific legislative context where they are placed, as well as the context of the legislation as a whole. This is a general principle of the law which is adopted by the criminal law.

The second way in which protection of legal interests is achieved is through legislation that addresses specific areas of criminal law. A common feature of contemporary legislation generally, which is adopted also in the criminal law, is that it contains a section or part that states its purposes and objects. Offences or other provisions within the legislation must, according to rules of statutory interpretation, be interpreted consistently with these objects. For example, the Criminal Proceeds Confiscation Act 2002 (QLD) sets out a range of provisions that deal with the confiscation of money or property that is obtained through illegal financial activity. The objects and purpose of this Act is set out in s. 4. This section amounts to a statement of the legal interests that the legislation seeks to protect, namely, the removal of financial gain from illegal activities. The law of statutory interpretation requires that each of the specific provisions of the Act must be read and interpreted consistently with s. 4. In this way the section provides a framework for the adoption of a specific legal interest as part of the calculus for the interpretation of sections of the Act.

e. The Boundaries of the Criminal Offence and the Role of Legal Theory.

Despite the foregoing considerations, the borders between the classifications of wrongs can be difficult to define, are often strongly contested, and leave considerable scope for overlap; and this has engendered the space for expansive debate about the scope and legitimate reach of the notion of crime.³³ The essence of this debate is theoretical critique, deconstruction and reappraisal which questions and examines the classical notions of the criminal offence as a construct that reflects moral, social and community norms.

Attempts to define the parameters of the criminal offence have been informed by a number of approaches. Foremost amongst these within the liberalist tradition is the principle of harm attributed to the 19th century political philosophy of John Stuart Mill. This principle argues that the power of the state to restrict individual freedom through the criminal law is justifiable only in order to prevent harm to others.³⁴ Despite critique of this principle, the concept of the harm principle has exercised significant influence in legal policy concerning Australian criminal law.³⁵

Yet the fundamental claim of the critique, that autonomous liberty must be balanced against other social values, norms and guidelines, has had an influence on the law. The result is that the concept of the crime and criminality is informed by a host of other major influences which are broadly based on a range of inter alia sociological, welfare, economic, and public policy principles and perspectives.³⁶ In Australian law these approaches have informed an extension of the range of criminal offences beyond 'traditional' crime to a wide range of regulatory offences, including strict and

³³See e.g. Israel, M., 'What is crime? Who is the criminal?' in Goldsmith, A., et al, *Crime and Justice: a guide to criminology* (3rd ed), Lawbook Co., 2006, p. 3 & 13

³⁴This very brief statement of the conception of the principle of harm within Australian criminal law serves to demonstrate that it is very different to other legal conceptions of harm. In particular it is distinguishable from the principle of harm that informs the material concept of crime within German criminal law theory. Here the concept of penal harm is intrinsically related to the protection of legal interests. See Eser, A., 'The principle of harm in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests', *Duquesne University Law Review*, 4 (1966) 345-417, at 374

³⁵Bronitt & McSherry, p. 51-54

³⁶Including human rights perspectives, Israel, p. 9. See also generally the collection of essays in 'Part 1 Understanding Crime' in Goldsmith, A., et al, *Crime and Justice: a guide to criminology* (3rd ed), Lawbook Co., 2006.

absolute liability offences, as well as the incorporation of international and transnational crime within the scope of domestic offences. They have also importantly led to a broader way in which offences and offending are perceived and dealt with which embraces socio-legal and socio-theoretical principles and approaches.³⁷ All of these influences provide a realist, secularist construction to the notion of the criminal offence and extend it beyond its positivist, liberalist, even moralist, traditions. They inform a qualitative sense of sufficient 'wrongfulness' or of the 'unlawful' which in the end lies at the core of the concept of the criminal offence.³⁸

Notwithstanding these contributions to legal theory, the absence of a clear and defined border between the criminal offence and other wrongful conduct, or between crime and non-crime, reflects the failure of critical legal analysis to change the core dynamics by which the criminal offence is constructed.

The open-ended nature of criminal offence definition has been important in the expansion of the criminal law to statutory offences of absolute and strict liability, corporate crime, transnational crime and, on the other hand, the abrogation of obsolete offences. These developments reflect changes in social, political and cultural perceptions of social and legal values, and the role of the state in protecting the community and expressing its condemnation or approval of certain conduct. This, as noted above, is a fluid process and is subject to among others, domestic imperatives and constitutional conventions. It is not defined by concrete rules and standards.

In the end, as one commentator observes, '(t)he search for a single unifying theory that can explain or guide our decisions to proscribe behaviour as criminal is pointless'.³⁹ This comment reflects the debated role of legal theory within the context of functioning legal systems generally. It is argued that, 'for most functioning legal systems, theory is a sideshow, separate from the practical activity of actual lawyers'.⁴⁰ This contested role of legal theory is apposite for an understanding of the criminal offence and the broader role of criminal law as perceived within the Australian context. More widely it epitomizes the status of legal theory within Australian criminal law: it remains as something of a 'sideshow' to the 'real' practice of criminal law.

IV. The Concept of Categorization of the Criminal Offence.

An historical distinction between felonies and misdemeanours was developed by the English common law to distinguish between the forms of punishment to apply to a criminal offence. Felonies were capital crimes in which the offender, even if a death sentence was commuted, was subject to 'attainder', the loss of all civil rights including the right to hold property and institute legal proceedings. Attainder was received into Australian common law in 1828,⁴¹ but it was largely not applied and was eventually abolished by statute.⁴² Misdemeanours were less serious offences punishable by imprisonment or fine and to which attainder did not apply.

³⁷E.g. the concept of 'hate crimes', 'home invasion crimes', and 'battered women syndrome', among others.

³⁸Bronitt & McSherry, pp. 48-68

³⁹*Ibid*, p. 51

⁴⁰Fichtelberg, A., *Law at the vanishing point: a philosophical analysis of international law*, Ashgate Publishing, Alershot, 2008, p. xiii

⁴¹*Dugan v Mirror Newspapers Ltd (1978) 142 CLR 583*

The distinction between felonies and misdemeanours was adopted by all Australian jurisdictions except the Commonwealth, but has now been abolished; the last jurisdiction to do was New South Wales (NSW) in 1999.⁴³ The terminology that has been adopted to replace felonies and misdemeanours varies between the jurisdictions.⁴⁴ The Code jurisdictions generally refer to serious offences as 'crimes' and/or 'misdemeanours' or 'offences', and to minor offences as 'simple', or 'regulatory' offences; and contain brief definitions of these terms.⁴⁵ The term 'regulatory offence' is adopted as a formal offence descriptor only in the Northern Territory (NT) and in Queensland (Qld).⁴⁶ In other jurisdictions the term regulatory offences is used generally and informally to describe offences that require proof only of the physical element of the offence, generally its conduct element.⁴⁷ The non-Code jurisdictions, except NSW, refer to offences as either 'indictable' or 'summary' offences. NSW uses the terms 'serious indictable offence' (the term used to replace 'felony') and 'minor indictable offence' (the term used to replace 'misdemeanour'). The detail of categorization of crime is found in the legislation of each jurisdiction. For example the Criminal Code (QLD) sets out the division of offences in s. 3.⁴⁸

Notwithstanding the differences in their nomenclature, classification of criminal offences in each of the jurisdictions consistently has the most significance across all jurisdictions in procedural law where it influences the type of trial that may be available to an accused.

Serious offences, however named, are tried in a superior court before a jury, although in NSW, South Australia (SA) and the Australian Capital Territory (ACT), the accused may elect to be tried by a judge alone.⁴⁹ Before the trial takes place there is an intermediate procedure that determines whether or not the charges against the accused can be sustained in law. This procedure, known as a 'committal' takes place in a lower court. It amounts to a vetting of the evidence that is to be used against the accused at the trial proper; only if this evidence has a legally determined appropriate weight is the accused 'committed' for trial to the higher court.⁵⁰ Simple or summary offences are tried before a Magistrate (a judge) in a lower court and always without a jury.⁵¹ A third categorization exists for indictable and crimes offences which are deemed to be 'less serious'. These offences, regulated by

⁴²e.g. in 1981 in NSW by the Felons (Civil Proceedings) Act 1981

⁴³Section 580E Crimes Act, 1900 (NSW), see Brown, D., et al., *Criminal laws: materials and commentary on criminal law and process in New South Wales* (4th ed), The Federation Press, 2006, p. 1250

⁴⁴Bagaric, M., *The Laws of Australia: Criminal Law Principles*, Volume 9, Sydney, 1993, at (9.1.980)

⁴⁵*Ibid.*, (9.1.990)

⁴⁶*Ibid.*, (9.1.1120). In these jurisdictions the term applies to specific forms of minor offending such as failing to comply with a noise direction (ss. 53A(2) & 91AA Summary Offences Act (NT)) or leaving a hotel without payment (s. 6 Regulatory Offences Act 1985 (Qld)).

⁴⁷In these jurisdictions 'regulatory offences' cover areas of activity that are less serious in nature and may therefore be tried summarily. They exist in diverse legislation, the general purpose of which is the regulation of health, safety, occupational, industrial, environmental, business, consumer and revenue affairs. Within this context these offences, depending on their wording, are construed as offences of either 'absolute liability' or 'strict liability', Bagaric, (9.1.1120).

⁴⁸This provides:

- (1) Offences are of 2 kinds, namely, criminal offences and regulatory offences.
- (2) Criminal offences comprise crimes, misdemeanours and simple offences.
- (...)
- (4) A person guilty of a regulatory offence or a simple offence may be summarily convicted by a Magistrates Court.
- (5) An offence not otherwise designated is a simple offence.

⁴⁹Bagaric, (9.1.1000-10).

⁵⁰Namely, the 'Local' or 'Magistrates' court.

⁵¹Bagaric, (9.1.1100).

statute, must be dealt with summarily in the Local court unless the prosecution decides to proceed by indictment in a superior court.

These different forms of trial procedure have consequential effects. Trials in the higher courts are largely conducted by barristers who in turn are instructed by solicitors. The aim is that legal representatives who are specialized in the jurisdiction conduct the case. This adds a degree of formality and cost to higher court trials that does not exist in Local court trials which are, in the majority, conducted by solicitors alone.

These procedural effects in turn have substantive effects. An election or decision that a less serious offence is dealt with 'summarily' has the effect that the maximum penalty that may be imposed for conviction is less than that which may be imposed if the offence is dealt with by indictment. In other words the maximum sentence for an offence in this category is different depending on whether it is dealt with in the Local court, which has a jurisdictional limit on the maximum sentences that it may impose, or in a higher court.

The division of criminal offences and their procedural consequence has been rigorously critiqued.⁵² Summary trials before a magistrate, it is argued, do not have the procedural justice and fairness characteristics of trials held before a judge and jury. Magistrates trials, usually referred to as 'hearings', are quicker, less formal and cheaper (for the accused as well as the state) than jury trials.⁵³ They are the favoured form of dealing with criminal offences – court statistics habitually demonstrate that the overwhelmingly number of cases are dealt with summarily.⁵⁴

The effect is that there are distinct forms and levels of procedural legality within the Australian criminal justice system: a lower court system that provides 'conveyor-belt justice' for the vast majority of criminal offences which may include serious - but not serious enough offences, and a 'rolls-royce' system for the, by comparison, few 'serious' offences for which jury trial, subject to accused election, is compulsory.⁵⁵

V. The Concept of the Offender.

The concept of the offender in Australian criminal law is based on and related to the broad characteristics of culpability in criminal law, namely rational behaviour and moral blameworthiness as conditions of criminal liability that can be attributed to a human being. This can include children and mentally ill people, however their status as persons whose ability to behave rationally is in issue, exempts them in particular circumstances from criminal liability. Criminal liability is however, not

⁵²See e.g. McBarnet, D., *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice*, The Macmillan Press Ltd., 1983; Brown, pp. 158-165, Bronitt & McSherry, p. 38-40, 96

⁵³See above at 'The scope of the crime definition, legal policy and the rule of law'

⁵⁴Most criminal matters are summary matters and almost all of these are dealt with in the magistrate's court where there is no jury participation. In 2005-06 in Australia 586,202 defendants were finalised in the criminal court system. Of these 569,883 (97%) were dealt with in the magistrates courts, see Australian Bureau of Statistics (ABS), 2008 Year Book Australia, Commonwealth of Australia, 2008, p. 413-14). Of the 3% of cases that were heard in the higher courts, only 20% were determined by trial (ABS 2008 p. 418). These statistics demonstrate that the participation of the jury in the criminal trial is a mythical ideal of the criminal justice system rather than its true representation.

⁵⁵Brown, pp. 219-239

confined to human beings; non-human entities which have legal personality may also be subject to criminal responsibility. Accordingly, corporations may suffer criminal liability in situations where the law has considered that their conduct satisfies the fundamental characteristics of criminal culpability.

All jurisdictions include a range of offences which prescribe the scope of offenders to which they apply. This is discerned from definitions in the legislation, or from the specific offence, or the context of the legislation in which the offence is set out. For example Chapter 2 of the Criminal Code (QLD) sets out definitions of 'Parties to offences' (ss. 7-10A). This includes definitions of 'principal offenders', and the scope of offenders where an offence is committed by two or more persons. Part 3 of the Code sets out 'Offences against the administration of law and justice, against office and against public authority' – these offences inculcate offenders who by definition are in a position to commit them, namely persons 'employed in the public service'. The legislation of all the jurisdictions follows this approach. The difference is that the range of offenders in code jurisdictions is dependent on the statutory interpretation of the Code or legislation itself. In the non-code jurisdictions the common law is used to assist in the interpretation of legislation including the range of offenders to which it may apply.

Australian criminal law makes extensive provision in each of its jurisdictions for particular types of offenders, e.g. children, the mentally ill and corporate liability. This varies in its uniformity and complexity according to the extent to which legislation has superseded rules of common law. Thus whilst the substantive law of criminal liability of children is founded on common law principle and is relatively uniform, the legislative detail of the law of mental impairment and the terminology used varies considerably between separate jurisdictions.⁵⁶ The same could be said of the distinction between the common law and the Commonwealth Criminal Code with regard to corporate liability.

With respect to children the minimum age of responsibility in all jurisdictions in Australia is 10, so that a child under this age cannot be found guilty of a criminal offence. The *doli incapax* rule is also uniform law across Australia, with the effect that children between 10 and 14 are subject to a rebuttable presumption that they are incapable of wrongdoing. The existence and scope of this presumption however varies within the common law according to different interpretations in diverse countries in which it operates and recently has been reconsidered in England.⁵⁷ The law in Australia follows the decision in *C (a minor) v Director of Public Prosecutions*.⁵⁸ In order to rebut the presumption, the prosecution must establish that the child knew that his/her conduct was seriously wrong and the conduct was consistent with this, rather than conduct which amounted to mere 'naughtiness' or 'childish mischief'.⁵⁹

Australian criminal law contains two basic foundations for establishing corporate criminal liability.⁶⁰ Principles of corporate liability established by the common law apply to corporations generally within Australia except to the extent that they have been displaced by legislation. The result is that in the Code jurisdictions of QLD, WA and Tas the attribution of corporate liability is a matter of the common law subject only to particular provisions in these Codes relating to criminal responsibility

⁵⁶See e.g. with respect to the differing law in each of the jurisdictions on 'the defence of mental impairment', Bronitt & McSherry, pp. 212-213

⁵⁷*R v JTB* (2009) UKHL 10 (29 April 2009).

⁵⁸[1996] 1 AC 1

⁵⁹*R v CRH* (NSWCCA unreported) 18.12.1996.

⁶⁰Bronitt & McSherry, p. 156

which apply equally to all legal persons including corporations.⁶¹ The Commonwealth Code (and in the comparative provisions of the ACT and NT Criminal Codes)⁶² however contains an expanded scheme of corporate liability to that of the common law. This is set out specifically in Part 2.5 (ss 12.1-12.6) of the Code. These Codes provide that their provisions apply to corporations in the same way as to individuals, subject only to modifications that are necessary due to the fact that criminal liability is imposed on a corporate entity rather than an individual.⁶³ The principal elements of these schemes which distinguish them from the common law relate to the rules for attributing conduct to corporations which are within the apparent authority of the corporation, and to the rules relating to the attribution of fault for all categories of offence. In this regard, the Codes establish a significant departure from the common law principle of corporate liability.⁶⁴

VI. The Concept of a General Part and Special Part of Criminal Law.

The concept of a General Part and Special Part of criminal law is not a categorization that explicitly exists or is adopted in Australian criminal law.

This terminology is translated within Australian criminal law jurisprudence as general principles of criminal responsibility and substantive criminal law (or substantive crime). For criminal law theorists, as opposed to practitioners, the general principles of criminal responsibility are recognized as providing equivalence to the concept of a General Part and the substantive criminal law to the concept of a Special Part of criminal law.⁶⁵

Each of the Code and non-Code jurisdictions adopts a loose and informal division between a General Part and a Special Part, but they do not recognize it by this nomenclature.

The most important provisions relating to general provisions of criminal responsibility in the Queensland (QLD) and Western Australia (WA) Codes are contained in Chapter 5 (ss. 22-36) but these are supplemented by other sections of the Codes.⁶⁶ In Tasmania, general provisions of criminal responsibility are set out in ss. 13-14 of the Criminal Code.⁶⁷ The main content of each Code consists of substantive criminal law offences, supplemented in some jurisdictions by provisions relating to procedural law.

In the non-Code jurisdictions the general principles of criminal responsibility are based on common law principles.⁶⁸ Substantive criminal law offences are contained almost completely in criminal legislation, which is interpreted and informed by common law principles.

⁶¹Colvin, E & McKechnie, J., *Criminal Law in Queensland and Western Australia: Cases and Commentary* (5th ed), Chatswood, 2008, at (21.6-8), Bagaric, Volume 9, Part 2, (140).

⁶²Criminal Code (ACT) ss. 49-55, Criminal Code (NT) ss. 43BK-43BP

⁶³s. 12.1, see generally Odgers, S., *Principles of Federal Criminal Law*, Sydney, 2007, (12.1.100-120).

⁶⁴As established in *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*. [1972] AC 153. See Bronitt & McSherry, p. 159, and Colvin & McKechnie, 21.6, 21.13-16. An analysis of corporate liability under the common law or in the Commonwealth Criminal Code is beyond the scope of this paper. See generally Bronitt & McSherry pp. 154-160 and Odgers, Chapter 4.

⁶⁵See Brown, p. 8

⁶⁶Kenny, R. G., *An Introduction to the Criminal Law of Queensland and Western Australia* (7th ed), Chatswood, 2008, p. 120.

⁶⁷Bagaric, (9.1.2450); Blackwood, J & Warner, K., *Tasmanian Criminal law: text and cases*, University of Tasmania law Press, Volume 1, p. 73

⁶⁸Watson, (10.120)

The Commonwealth Criminal Code was the first legislative instrument in Australia to more formally implement a division between a General Part and a Special Part of criminal law. However, even here this nomenclature is not used. Rather, the Code adopts the terminology of 'General principles of criminal responsibility', which are set out in Part 2 of the Code. The remaining Parts of the Code, like the code jurisdictions, sets out substantive criminal offences. This model is followed in the Australian Capital Territory (ACT) and the Northern Territory (NT). The Criminal Code 2002 (ACT) contains a Chapter on general principles of criminal responsibility in Part 2 which closely replicates the Commonwealth model.⁶⁹ The NT enacted similar provisions in Part IAA of its Criminal Code in 2005 however these have limited operation.⁷⁰

VII. Conclusion.

The concept of the criminal offence has a particular meaning, form and function within Australian criminal law, an analysis of which assists to articulate important concepts and classifications within the law. It refers to and elaborates upon the structure of the criminal offence itself, and an understanding of this is important to avoid confusion and overlap with other concepts and issues that inform other inter-linking aspects of the criminal law. In particular there is a distinction between the concept of the criminal offence and an analysis of crime that focuses on the function, nature and form of criminal law as a discrete phenomenon of the law in general. This is often not clearly perceived, and there is inevitably considerable overlap in analysis of these issues. This is most clearly manifested by the fact that the concept of the criminal offence does not exist in isolation within criminal law analysis.

The concept of the criminal offence, as defined in this paper, is framed in broad terms and there is an inherent link between it and other complex considerations of the criminal law. This arises particularly from the foundational elements within the concept of the criminal offence as comprising physical and fault elements. This raises an intrinsic connection between the concept of the criminal offence and the concept of criminal liability expressed, in Australian criminal law, through the general principles of criminal responsibility.

A consideration of the concept of a General Part and Special Part of the criminal law demonstrates that, although it is not clearly expressed, there is a division in the conception of Australian criminal law between substantive and procedural criminal law and the concept of criminal responsibility. In particular, it demonstrates that the way in which the general principles of criminal responsibility operate within Australian criminal law differs between the code and non code jurisdictions. This differing conception of the content of these principles is a critical element of Australian criminal law and this in turn is critical for understanding the operation of the concept of the criminal offence within Australian criminal law. Notwithstanding uncertainty at its borders, the concept of the criminal offence provides a distinct point of reference to the fluid form of criminal liability within Australian criminal law. An acknowledgement and understanding of the discrete existence of the concept of the criminal offence is essential for a proper articulation of foundational elements of Australian criminal law, and this in turn contributes to the formulation of Australian criminal law doctrine.

⁶⁹Bagaric, (9.1.2550).

⁷⁰See above and Watson, (10.120)

i. Appendix

The division between the 'Code and non-Code jurisdictions' represents a form of categorization and analysis of Australian criminal law. These jurisdictions represent the nine major criminal law jurisdictions in Australia, namely the Commonwealth, the six states and two major territories of Australia. The term 'Commonwealth' refers to the system of government and law that operates within the whole of the territory of Australia. This is called the 'commonwealth' or 'federal' level of government and the law is referred to as 'commonwealth' or 'federal' law. In this sense Commonwealth law is distinguished from the law of the states and territories.

The Code jurisdictions are referred to as Queensland (QLD), Western Australia (WA), Tasmania (TAS) and the Northern Territory (NT). The non-Code jurisdictions are New South Wales (NSW), Victoria (Vic), South Australia (SA), and to a lesser and more ambivalent extent, the Commonwealth and Australian Capital Territory (ACT). In the Code jurisdictions the relevant 'Criminal Code' (the title of the main criminal law legislation) purports to be an exhaustive statement of the substantive criminal law. This means that the role of the common law is curtailed and restricted to limited issues, particularly the interpretation of ambiguous language. The non-code jurisdictions do not have a criminal 'Code'; however they do have extensive and very similarly framed criminal law legislation. Notwithstanding this, the major difference between the code and non-code jurisdictions is that, as a general rule, the common law plays a significant role in the interpretation of the substantive criminal law of the non-Code jurisdictions in a way that it does not in the code jurisdictions.

References

- ASHWORTH, A., Principles of Criminal Law (6th ed), Oxford University Press, 2009, p. 3
- AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS (ABS), 2008 Year Book Australia, Commonwealth of Australia, 2008, p. 413-414, 418.
- BAGARIC, M., The Laws of Australia: Criminal Law Principles, Volume 9, Sydney, 1993, at (9.1.980)
- BAGARIC, M. (9.1.2450); BLACKWOOD, J. & WARNER, K., Tasmanian Criminal law: text and cases, University of Tasmania law Press, Volume 1, p. 73
- BRONITT, S. & McSherry, B., Principles of Criminal Law (2nd ed.), Lawbook Co., Sydney, 2005, p. 6.
- BROWN, D., et al., Criminal laws: materials and commentary on criminal law and process in New South Wales (4th ed), The Federation Press, 2006, p. 1250
- COLVIN, E. & MCKECHNIE, J., Criminal Law in Queensland and Western Australia: Cases and Commentary (5th ed), Chatswood, 2008, at (21.6-8), Bagaric, Volume 9, Part 2, (140).
- CUMES, Guy. 'The concept and systematization of the criminal offence in Australia' in International Max Planck Information System for Comparative Criminal Law, Max-Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, forthcoming.
- _____. 'Principle of legality (nullum crimen sine lege) in Australia' in International Max Planck Information System for Comparative Criminal Law, Max-Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, forthcoming.
- CRIMES ACT, 1900 (NSW), Section 580E.
- CRIMINAL CODE (Commonwealth), Section 3.1(1).
- CRIMINAL CODE 2002 (ACT), Section 11.
- CRIMINAL CODE (NT), Section 43AB.
- DALY, K., 'Aims of the criminal justice system' in Goldsmith, A., et al, Crime and Justice: a guide to criminology (3rd ed), Lawbook Co., 2006, p. 270
- DUGAN V. MIRROR NEWSPAPERS LTD (1978) 142 CLR 583
- ESER, A., 'The principle of harm in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests', Duquesne University Law Review, 4 (1966) 345-417, at 374
- FELONS (CIVIL PROCEEDINGS) ACT, (NSW), 1981.

FICHTELBERG, A., *Law at the vanishing point: a philosophical analysis of international law*, Ashgate Publishing, Alershot, 2008, p. xiii

GOLDSMITH, A., et al, *Crime and Justice: a guide to criminology* (3rd ed), Lawbook Co., 2006.

HALL, J., *General Principles of Criminal Law*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1947, p. 10.

ISRAEL, M., 'What is crime? Who is the criminal?' in Goldsmith, A., et al, *Crime and Justice: a guide to criminology* (3rd ed), Lawbook Co., 2006, p. 3 & 13

JAMES, John S., *Stroud's Judicial Dictionary* (4th ed), Sweet & Maxwell, London, 1971, Vol. 1 at p. 648 and Vol. 3 at p. 1824-26

KENNY, C. S., *Outlines of Criminal Law*, (4th ed), Cambridge, 1909, p. 3 (reprinted in Turner J.W.C., *Kenny's outlines of criminal law* (16th ed), 1952, p. 530-547)

KENNY, R. G., *An Introduction to the Criminal Law of Queensland and Western Australia* (7th ed), Chatswood, 2008, p. 120.

LANHAM D., et al, *Criminal Laws in Australia*, The Federation Press, 2006, p. 8.

MCBARNET, D., *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice*, The Macmillan Press Ltd., 1983; Brown, pp. 158-165, Bronitt & McSherry, p. 38-40, 96

MCSHERRY, B. & Naylor, B., *Australian Criminal Laws: critical perspectives*, Oxford University Press, 2004, p. 5.

ODGERS, S. *Principles of Federal Criminal Law*, Sydney, 2007, (12.1.100-120).

PROPRIETARY ARTICLES TRADE ASSOCIATION V. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, (1931) AC 310.

R v. CRH (1996), NSWCCA unreported.

R v. JTB, (2009) UKHL 10.

TERCEIRO, M., 'Ramping up the powers of the consumer regulator and the court', *NSW Law Society Journal*, Vol. 48(3) (April 2010), pp. 66-70

TESCO SUPERMARKETS LTD V NATTRASS. [1972] AC 153.

TURNER J.W.C., *Kenny's outlines of criminal law* (19th ed), Cambridge, 1966, at p. 1, see generally p. 1-6

WATSON, *Australian Criminal Law: Federal Offences*, 10.120, 10.480.

Reseña

**DIE VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT IN CYBERSTRAFRECHT
DAS STRAFRECHT VOR NEUEN HERAUSFORDERUNGEN¹**César Alejandro Osorio Moreno²

Texto: Die Verhältnismäßigkeit in Cyberstrafrecht. Überprüfung des Strafrechtseingriffs im Cyberspace anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Won-Sang Lee. Das Strafrecht vor neuen herausforderungen, Band 24, Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Universität Würzburg, Logos Verlag, Berlin, GmbH 2010, Berlín.

Won-Sang Lee, es un Sur Coreano, que ha escrito esta tesis doctoral bajo la tutoría del reconocido tratadista alemán Eric Hilgendorf,³ lo cual le valió su publicación en esta colección dedicada al estudio del Derecho Penal y las Nuevas tecnologías, coordinada precisamente por el Profesor Hilgendorf y auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad Julius-Maximilians de la Ciudad de Würzburg en la región de Baviera en Alemania.

Su obra “La Proporcionalidad en el Ciber Derecho Penal. La Intervención de la Justicia Penal en el Ciber Espacio con base en el Principio de Proporcionalidad” de la colección “Los Nuevos Desafíos del Derecho Penal” es un reflejo exacto de lo que le está sucediendo al derecho penal bajo la era de las nuevas tecnologías y los nuevos y variados retos que tiene que enfrentar. Se tiene razón al escoger esta obra que, aunque se encuentre disponible en idioma alemán, presenta una visión clara de cómo los estudios en el tema de las nuevas tecnologías no sólo tienen un mayor impacto en el ámbito europeo sino que hay un mayor desarrollo en la discusión doctrinaria⁴ frente al tema en la medida que el concepto de “Derecho Penal Moderno” tiene un mayor desarrollo en las sociedades post industrializadas.

¹Algunos de los puntos que se presentan en esta reseña, fueron abordados en la Cátedra abierta dictada por el autor de la misma en la Universidad de San Buenaventura el 2 de Noviembre de 2010, bajo el título: “Los Nuevos Retos del Derecho Penal en la Sociedad de la Información”.

²Abogado de la Universidad de Antioquia, Especializado en Derecho Penal: Teoría del Delito y Candidato a Doctor en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Pablo de Olavide Sevilla – España, Pasante del Max-Planck Institut para Derecho penal Extranjero y Comparado de Friburgo – Alemania, Consultor, Docente Investigador Grupo “Derecho, Cultura y Ciudad” de la Universidad de San Buenaventura Medellín y catedrático en el área de Derecho Penal, Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Contacto: cesar.osorio@usbmed.edu.co

³Profesor de Derecho, Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Würzburg, experto en los temas de Derecho procesal penal, teoría jurídica, derecho informático y derecho científico de los computadores, Doctor en Derecho penal con estudios de posdoctorado en Derecho penal, procesal penal y filosofía del derecho, coordinador de múltiples y recientes obras sobre derecho informático y de las nuevas tecnologías.

⁴Lo cual se refleja en múltiples obras producidas recientemente en Europa de las cuales citamos algunas de ellas: Cybercrimen Los Delitos Cometidos a Través de Internet, Javier Gustavo Fernández Teruelo, Madrid, España, 2007; Cybercrime Responsabilita Degli Enti E Prova Digitale, Guiseppa Corasaniti e Giovanna Corrias Lucente, Verona. Italia, 2009; Derecho Penal y Nuevas Tecnologías Aspectos Sustantivos, José Antonio Cruz de Pablo, Madrid, España, 2006; Diritto Penale e Informatica, Vito Plantamura e Adelmo Manna, Bari, Italia, 2007; El Cibercrimen Nuevos Retos Jurídico Penales, Nuevas Respuestas Político Criminales, Carlos María Romeo Casabona (coord.) Granada, España 2006; Il Diritto Penale Dell'informatica Nell'epoca Di Internet, Lorenzo Picoti, Padova, Italia 2004; Informatikrecht Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Wolfgang Straub, Zürich, Suiza 2007; Le Droit de L'internet et de la Société de L'information, Thibault Verbiest, ÉtienneWéry, Bruxelles, Bélgica, 2001; Who Controls The Internet? Illusions of a Borderless World, Jack Goldsmith and Tim Wu, Oxford, Inglaterra 2006; Dimensionen des IT-Rechts (Der Strafrecht vor neuen Herausforderungen), Eric Hilgendorf, (coord) Berlin, Alemania 2006.

La sociedad y el Derecho van de la mano, de modo que los cambios en la sociedad exigen cambios en el derecho, en el desarrollo de la nueva era digital de la sociedad. el derecho y en especial, el Derecho penal, se ve enfrentado a una nueva serie de ataques para los cuales el derecho penal tradicional, en sus delitos de la parte especial, no había contemplado posibilidades de solución y en general a la hora de intentar aplicar el derecho penal en todas sus manifestaciones (sustantivo y procesal) las respuestas son cortas, insuficientes o no satisfactorias. De modo que el reto para el derecho penal en esta era digital, o sociedad de la información como también se le conoce es originar soluciones concretas y garantes de principios frente a las nuevas modalidades de ataque.

Precisamente en el primer capítulo el autor trabaja las implicaciones del derecho penal en la sociedad moderna (“Das Strafrecht in der modernen Gesellschaft”) para entender que el derecho penal entra a resolver unos conflictos diferentes en la sociedad de la información al punto que se debe construir un nuevo concepto de cibercriminalidad que va más allá de la criminalidad informática que tradicionalmente conocemos, pues toda esta nueva fenomenología criminal está vinculada con las tecnologías de la información (TIC's) que se han masificado en el ciberespacio gracias al desarrollo global de la red de redes: La internet.

En el segundo capítulo el autor establece esas relaciones posibles y necesarias entre el derecho penal y el ciberespacio, para reconocer en primer lugar la nueva estructura del ciberespacio (Die Struktur des Cyberspace) que se enmarca por un internet absolutamente globalizado para terminar por preguntarse y desarrollar la necesidad y estructura de un ciber-derecho penal o un derecho penal cibernético o un derecho penal de internet (“cyberstrafrecht”).

En el tercer capítulo el autor desarrolla lo relativo a la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho penal (Die Verhältnismäßigkeit in Cyberstrafrecht) y cuáles son los límites y contenidos de este principio de cara a ese derecho penal de las nuevas tecnologías que presenta nuevas formas y variados ataques con significación de carácter penal.

Entre otras formas de ataque en internet con alguna significación penal, podemos encontrar:

- La piratería en internet que implica la comercialización ilícita de obras protegidas, sin el consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual o derechos de autor.
- Los delitos de Sabotaje informático que implican todas las variables de delitos de daños informáticos, difusión de virus informáticos, supresión, bloqueo o alteración de datos. (HACKERS) Destrucción o menoscabo de cualquier sistema informático.
- La difusión de pornografía infantil a través de internet: siendo Internet sólo el medio de distribución de una empresa que implica actividades de macro criminalidad, utilización de menores de edad generalmente en situación de riesgo o condiciones de necesidad, tráfico y comercio sexual con estos menores de edad, su explotación sexual y ganancias exorbitantes de una industria prohibida.
- Los delitos contra la intimidad y el honor en internet donde se ha evidenciado que la masificación del uso de las redes sociales y la utilización indiscriminada de la información personal que allí se dispone permite que toda una variedad de ataques que otrora se cometieran casi que exclusivamente a través de medios de comunicación de prensa escrita, visual o hablada; pero ahora se puede originar incluso un ataque de mayor significación actuando a través de la red social.

- Defraudaciones al patrimonio económico a través de internet, hay una amplia variedad de conductas con significación penal que atacan especialmente el patrimonio económico y cuya nueva incidencia tiene como plataforma la internet, podríamos mencionar entre otras: La estafa electrónica, los juegos en internet, las apuestas en internet, la suplantación de páginas con información financiera en la red entre otras.
- Y por último, en este breve análisis, vale la pena mencionar al Ciberterrorismo (Cyberterrorismus) cuando la utilización de la red permite de manera masiva difundir en la red ataques con motivaciones políticas, religiosas o ideológicas en general contra determinados grupos de la población o naciones en particular, constituyendo fuentes potenciales de enorme peligro.

En el cuarto y último capítulo el autor trabaja el tema del principio de proporcionalidad bajo el análisis de casos concretos en el ciberespacio (Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den konkreten Fällen des Cyberspace) y aunque presta especial atención en el tema de la pornografía infantil en internet (Die Kinderpornografie Problematik im Cyberspace) por medio del estudio de caso se pueden evidenciar algunos de los puntos críticos que se vienen trabajando en la literatura jurídica en materia de derecho penal y en especial que tocan con la sociedad de la nueva información, de los cuales identificamos:

- La Imputación de Delitos a los prestadores de servicios por delitos cometidos a través de internet (Die Verantwortlichkeit des Providers oder Die Haftung des Providers); la cual se entiende no es tanto por prestar el servicio sino por no ejecutar conductas que impidan que a quienes le prestan el servicio cometan conductas ilícitas en la red.
- El debate de la responsabilidad de la persona jurídica (Die Verantwortung der Juristische Person), cantidades de autores de algunas de las conductas descritas son colectivos, pero más que una pluralidad de autores, es que están difuminados a través de personas jurídicas lo cual imposibilita la definición de responsabilidades y sobre todo la individualización. Los criterios de imputación personal como capacidad de acción, culpabilidad e incluso aplicación de pena en general garantes del derecho penal tienen que ser flexibilizados. La tendencia es crear un derecho penal para la empresa.
- Identificación de nuevos sujetos vulnerables (neue Personen verletzbar) el sujeto pasivo puede estar representado en masas, una mayor cantidad de la población es vulnerable a este tipo de ataques, ya no se trata de víctimas determinadas lo cual hace incluso más difícil establecer criterios de verdad, justicia y reparación para garantizar indemnización a la víctima. El menor se ha convertido en un sujeto especialmente vulnerable frente a las nuevas tecnologías, tanto por su posible utilización, como su permanente exposición al riesgo lo que ha llevado a tomar medidas también tecnológicas para su protección que no siempre resultan suficientes y el riesgo continúa latente. Existen otros sujetos vulnerables, que son identificados como grupos minoritarios, etnias, grupos raciales, grupos de diferente tendencia de formación sexual, etc., que debido a la masificación de las nuevas tecnologías sus ataques globales, los hacen más vulnerables y difíciles de defender y garantizar el respeto de su derecho y hasta existencia.

- Problemas de aplicabilidad efectiva de la ley penal en estos casos, (probleme bei der Umsetzung des Strafrechts) especialmente en dos asuntos con incidencias procesales:
 - a. Principio de territorialidad (Territorialitätsprinzip): Se debería aplicar la ley del lugar de comisión del hecho. ¿Cuál debería ser esa Ley? si una pagina de pornografía infantil creada en Estados Unidos de América se visualiza y comercializa en Colombia, ¿Cuál es la ley aplicable?
 - b. Tiempo y lugar de la comisión del delito (Zeit und Ort des Verbrechens): Qué Ley es la que está vigente y dónde se comete el delito, ¿en el lugar de origen o donde tiene sus efectos? tómese como ejemplo el caso de una estafa informática por 5 millones de pesos, según la cual usted se ha ganado una herencia. Usted hace una transferencia a una cuenta en Londres y la supuesta herencia está en África. ¿Qué pasa si la estafa informática no existe como delito en Londres o en Colombia? ¿Cuál es la fecha aplicable? ¿cuando se hace el pedido o cuando se consigna la plata? ¿Quién sería el Juez competente: un Juez colombiano o uno inglés? ¿Si en un país la pena es de 5 años y en el otro es de 6 meses cual se aplica? Demasiados interrogantes que precisamente viene originando la cibercriminalidad y para los cuales todavía no hay respuestas precisas.
- Problemas probatorios (Beweisprobleme): La generalidad de Estados considerados “subdesarrollados” tecnológicamente están preparados para los ataques pero no están preparados para la investigación de los mismos, por varias razones:
 - a. No existe el personal especializado
 - b. No existen los materiales, ni los procedimientos, ni los protocolos adecuados para la investigación de delitos de alto impacto desde las nuevas tecnologías
 - c. Normalmente se requiere apoyo de unidades de investigación de países especializados y en este caso sólo actúan frente a casos de especial connotación.
 - d. La cadena de custodia en el delito informático es mucho más frágil por la manipulación que una tecnología permite de otra con la posibilidad de no dejar huellas tangibles.
 - e. En el caso colombiano los abogados, lastimosamente, no reciben capacitación eficiente en pruebas penales, menos en pruebas relacionadas con el cibercrimen.

Para terminar esta reseña nos haremos una pregunta conclusión y su posible respuesta: ¿SE REQUIERE UN POLÍTICA CRIMINAL EN LA RED QUE ENFRENTA LA CIBERCRIMINALIDAD? Sí, pero en el caso colombiano primero hay que empezar a hacer estudios multidisciplinares desde el derecho y la tecnología (sistemas, telecomunicaciones, informática, etc.) y luego comenzar a legislar desde nuestra realidad.

En un primer momento es excelente hacer análisis de derecho comparado y por ello hemos tomado como excusa el reciente libro del Doctor Won-Sang Lee, para traer a colación otras reflexiones que importan sobre el tema y sobre todo que invitan al lector interesado en los temas penales a descubrir nuevos campos de investigación en los que la mayoría de respuestas aún están por encontrarse.

CONVOCATORIA REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA NO. 9

Fecha límite: 15 de Febrero de 2011

Recomendaciones para los autores

1. Quienes envíen artículos para ser publicados en la revista deberán acompañarlos de una carta en la que manifiesten que los mismos son de su autoría, que son inéditos y que no han sido propuestos simultáneamente para publicación en algún otro medio. Además, en dicha comunicación deberá manifestarse expresamente la cesión de los derechos patrimoniales de autor sobre los artículos a la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, así como la autorización a dicha institución para traducirlos y divulgarlos por cualquier medio.
2. Los artículos que se tendrán en cuenta para publicación son los siguientes: artículo de investigación científica y tecnológica, artículo de reflexión, artículo de revisión, artículo corto, reporte de caso, revisión de tema, cartas al editor, traducción, documento de reflexión no derivado de investigación y reseña bibliográfica.
3. Los artículos deberán ser enviados en formato digital al director de la revista al correo carolina.mejia@usbmed.edu.co
4. Los artículos deben presentarse teniendo en cuenta las siguientes indicaciones de forma:
 - a. Los artículos deberán ser presentados en formato Word, hoja tamaño carta a espacio sencillo, utilizando el tipo de letra Arial en tamaño 12 y no podrán tener una extensión superior a las 25 páginas.
 - b. Ni el título ni el subtítulo pueden tener una extensión superior a quince (15) palabras y deben ir centrados.
 - c. El nombre completo del autor o de cada uno de los autores debe ir a continuación del título. La formación académica, vinculación laboral, grupo y línea de investigación a la que pertenece el autor y dirección electrónica deben ir en pie de página.
 - d. El artículo debe incluir un resumen no superior a quince (15) líneas. Si es posible, se puede aportar la traducción al inglés del mismo.
 - e. Debe incluirse un listado de mínimo cuatro (4) y máximo ocho (8) palabras clave que permitan indicar los temas de mayor relevancia que se traten en el artículo.
 - f. Para la citación de textos deben seguirse los lineamientos del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación – ICONTEC.

Ejemplos:

- **Libro:** DE BONO, Edward. El pensamiento práctico. Barcelona : Paidós, 1996, p. 11

· **Artículo de Revista:** SCHAPIRO, Susan R. y LIVINGSTON, Jennifer A. Dynamic Self–Regulation : The Driving Force Behind Academic Achievement. En: Innovative Higher Education. Vol. 25, No. 1; (fall 2000), p. 24.

· **Página de Internet:** Spencer, Jeffrey. “The Subsidiary Temple of Nekhtnebef at Tell el-Balamun”. BMSAES 4 (2004) : 21 – 38. 30 nov. 2005 <<http://www.thebritishmuseum.ac.uk/bmsaes/issue4/spencer.html>>.

g. Al final del artículo se debe aportar una lista de referencias o bibliografía siguiendo las normas del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación – ICONTEC.

Ejemplos:

· **Libro:** PIAGET, Jean. La representación del mundo en el niño. Madrid : Morata, 1997. 342 p.

· **Artículo de Revista:** MEJÍA, Andrés. Reconstruction in criticality : a discussion on questions, assumptions and interpretation. En : Inquiry : critical thinking across the disciplines. Vol. 21, No. 1 (fall. 2001); p. 17–31.

· **Artículo en Línea:** ARISTIMUÑO DE OLIVIER, Lisselote. Un llamado de alerta : el estrés y la depresión en la formación del médico. En : Visión Morfológica. [en línea]. Vol. 4, No. 2 (2003). [consultado 1 dic. 2005]. Disponible en http://bibmed.ucla.edu.ve/cgiwin/ez_alex.exe?Acceso=To70000059341/2&Nombrebd=BMUCLA&ForReg=http://bibmed.ucla.edu.ve/VisionMorfológicaVisionMorfo.html&TposDoc=S

h. En texto aparte deberá aportarse un resumen de la hoja de vida en el que conste la formación académica del autor o autores, así como su vinculación laboral, pertenencia a grupos de investigación, dirección electrónica y dirección de correspondencia física (Esta última no será publicada y será utilizada única y exclusivamente para la base de datos de la revista).

5. Procedimiento de selección de artículos publicados: Una vez recibidos los artículos serán enviados por el Director de la Revista al Comité Editorial, órgano que nombrará al par evaluador y dará instrucciones al Director sobre la remisión del artículo para su revisión. El par evaluador contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para emitir su concepto, admitiendo el escrito, rechazándolo o formulando observaciones. En este último evento, el artículo será retornado nuevamente a su autor para que haga los ajustes del caso y reenvíe el texto final al Director de la revista dentro de un plazo de treinta (30) días calendario.