



Universidad de Valladolid



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

**Delación y colaboración premiadas:
hacia una legitimación dogmática en
el derecho penal**

Presentada por
Víctor Gabriel Rodríguez de Oliveira
para optar al grado de
Doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:

Manuel Gómez Tomillo

Antonio Javato Martín

2025

Preliminar:
páginas i-viii

Tesis:
Páginas 01-608

Numeración PDF:
págs. 01-616

Agradecimientos

Al profesor **Manuel Gómez Tomillo**, por la amistad que comenzó hace veinte años, cuando se ofreció a supervisar mi estancia de investigación doctoral, financiada por la Junta de Castilla y León, y que, por primera vez, me condujo a la Universidad de Valladolid. Por su atenta dirección durante los años que dieron lugar a esta tesis.

Al profesor **Antonio Javato Martín**, por la codirección de esta tesis y todo el apoyo en los trámites académicos.

A los demás profesores de la **Universidad de Valladolid**, por un diálogo que se ha prolongado durante mucho tiempo, en especial a Mercedes Alonso, Ángel Sanz, Ricardo Mata, Javier García y Patricia Tapia, entre tantos otros.

Al profesor José Miguel Zugaldía Espinar, por supervisar mi estancia de investigación para esta tesis en la **Universidad de Granada**, financiada por la Fundación Carolina.

Al profesor Antonio Lascuraín Sánchez, que también me acogió durante una estancia de ocho meses de investigación en la **Universidad Autónoma de Madrid**, financiada por la Fundación Capes.

A la profesora Paula Andréa Ramírez Barbosa y a la **Universidad Católica de Colombia**, que anualmente me brindan un encuentro en ese país, además de una primera estancia como investigador, que constituyó una parte especial de la presente tesis.

Al **Instituto Cultural Brasil-China**, en su Presidente, que me permitió estudiar en la Universidad de Zhejiang. La estancia en la Business School me impulsó a buscar conocimientos muy distintos de los que tradicionalmente aplicaba en el derecho penal.

A **Caroline Ménard**, por su apoyo en estos años de estudio.

SUMARIO

Introducción.....	1
a. Antecedentes	1
b. Método.....	3
c. Resultados	7
Capítulo 01: APROXIMACIÓN Y PRIMEROS CONCEPTOS	8
1.1 Introducción: el problema especial del concepto	8
1.2 Distinciones entre colaboración y delación	9
1.3 ‘Colaboración’ y ‘delación’ en la ley	10
1.3.1 La <i>peer pressure</i> en términos internacionales.....	13
1.4. El lenguaje natural: la imposición del término ‘delación’	18
1.4.1 La ley que incorporó el verbo ‘delatar’	19
1.5 Otras desambiguaciones necesarias	22
1.5.1 El arrepentido	22
1.5.2 El <i>whistleblower</i>	24
1.5.3 La ‘interpersonalidad’ de la pena	28
1.5.4 El derecho de combate y el derecho de guerra	29
1.6 La naturaleza de la delación: derecho material	34
1.6.1 Las principales legislaciones de delación en América Latina	37
1.6.2 La delación como principio de oportunidad: la fórmula colombiana.....	50
1.6.3 La punibilidad y la proporción de la tentativa (modelo argentino)	55
1.6.4 Derecho penal material y propuestas integradoras	58
1.6.5 Modelo español actual	65
1.7 Autodelación y heterodelación	70
1.7.1 Heterodelación como análoga a la confesión: cuestiones cualitativas	71
1.8 Preguntas-problema	73
1.9 Conclusión.....	74
Capítulo 02: Fundamentos del Utilitarismo.....	76
2.1 Introducción.....	76
2.2 El utilitarismo simbólico: <i>Tanto monta</i> y otras remisiones.....	77
2.2.1 El utilitarismo premoderno: el epicureísmo	81
2.2.2 El utilitarismo en el siglo XVIII	91
2.3 El utilitarismo de Stuart Mill	98
2.4 El utilitarismo de Jeremy Bentham	110
2.5 La aceptación del utilitarismo en el mundo anglosajón: la obra de Max Weber	124
2.6 El utilitarismo en Derecho penal	129

2.7 Críticas preliminares.....	133
2.8 Preservar la moralidad y preservar la justicia.....	138
2.9 Teoría de juegos.....	153
2.9.1 Premisas.....	154
2.9.2 Expansión de la teoría de juegos	154
2.9.3 Origen de la teoría de juegos	155
2.9.4 Breves conceptos y clasificaciones en <i>game theory</i>	157
2.9.5 La entrada de la Psicología y la teoría de juegos.....	160
2.9.6 El ‘dilema del prisionero’ como paradoja matemática	163
2.9.7 Toma de Posición: la paradoja de la paradoja	166
2.9.8 Práctica de la de teoría de juegos.....	168
2.10 Conclusiones.....	171
Capítulo 03: Delación y Función de la Pena	175
3.1 Introducción.....	175
3.2 Función de la pena: teorías absolutas	176
3.2.1 Retribucionismo en Kant	178
3.2.2 Hegel: derecho penal, persona y la cuestión del tiempo.....	189
3.2.3 Críticas al retribucionismo y su renacimiento como anti-utilitarismo	196
3.3 Teorías relativas.....	203
3.3.1 Relativización y finalidad en Derecho penal de la pena en Von Liszt	207
3.3.2 Prevenciones especiales.....	210
3.3.3 Prevención general	226
3.3.3.1 Prevención general negativa	227
3.3.3.2 Prevención general positiva.....	230
3.4 Pena: la toma de postura.....	260
3.5 Conclusión.....	264
Capítulo 04: La punibilidad.....	266
4.1 Introducción.....	266
4.2 Revitalización de la categoría.....	269
4.3 Delito, hecho y punibilidad: la doctrina italiana.....	270
4.4 La categoría de la punibilidad	280
4.5 Motivos de (no) punibilidad	283
4.6 Elementos de la punibilidad	288
4.7 Condiciones objetivas de punibilidad.....	288
4.8 Excusas absolutorias.....	297
4.9 Condiciones de procedibilidad	302
4.10 Concepciones amplias de la punibilidad	305

4.11 Conclusión.....	311
Capítulo 05: La criminalidad organizada	313
5.1 Introducción.....	313
5.2 Organización criminal: aproximaciones criminológicas	315
5.3 Perspectiva dogmática: el injusto de la organización criminal.....	330
5.4 Protección del correcto ejercicio del derecho de asociación	332
5.5 La anticipación de tutela de los bienes jurídicos individuales.....	341
5.6 Protección de los bienes colectivos	343
5.7 La asociación ilícita como delito de amenazas.....	344
5.8 Perspectiva político-criminal: la respuesta estatal a la amenaza que supone la organización criminal	350
5.9 La criminalidad organizada en Latinoamérica. Algunos puntos específicos	366
5.9.1 América Latina como ambiente delictivo.....	367
5.9.2 Centro urbano	374
5.9.3 Campo y ciudad: la no-superación de la dicotomía.....	378
5.9.4 Corrupción y cleptocracia.....	381
5.10 Tipificación autónoma de pertenencia a la criminalidad organizada	388
5.11 Criminalidad organizada y tácticas de guerra.....	392
5.12 Criminalidad organizada y la ética del delator	396
5.13 Conclusión.....	397
Capítulo 06: Perdón Filosófico y Perdón Jurídico	398
6.1 Introducción.....	398
6.2 Análisis del perdón	399
6.3 Origen judeo-cristiana del perdón	399
6.4 Concepción cristiana del perdón.....	403
6.4.1 La dimensión vertical	403
6.4.2 La dimensión horizontal	405
6.4.3 Los límites temporales y la posible equivalencia del perdón	405
6.5 Cristianismo y Estado	408
6.6 El perdón en la doctrina anglicana	409
6.7 Breves consideraciones sobre el perdón y la clemencia del monarca	414
6.8 Perdón y dolor en Derecho penal	417
6.9 La justicia indígena: ¿pena o expiación?.....	420
6.9.1 Toma de posición: doble perspectiva de la justicia indígena	425
6.10 Tendencia al perdón del Estado: cambios de visión de mundo.....	427
6.11 Requisitos del perdón	429
6.12 Toma de posición: aplazamiento	438

Capítulo 07: JUSTICIA TRANSICIONAL como paradigma para delación: conflicto y excepcionalidad	440
7.1 Introducción.....	440
7.2 Sobre la terminología: ¿más de una justicia?	441
7.3 Categorías de justicia transicional	443
7.4 El informe de las Naciones Unidas: hipervaloración de la sanción penal.....	452
7.5 Casos paradigmáticos de transición: las composiciones	456
7.5.1 El caso de Brasil: perdón constitucional y los reproches de la CoIDH.....	457
7.5.2 Transición en Sudáfrica: el papel especial del perdón	465
7.5.3 Colombia: ¿excepción o cambio de paradigma?	473
7.6 Contrastes en la aceptación internacional del perdón.....	479
7.7 Camino hacia lo positivo	483
7.8 Transición como base teórica para la delación premiada contemporánea.....	486
7.9 ¿Pena como perdón o perdón con pena?	489
7.10 Conclusión.....	491
Capítulo 08: DELACIÓN EN SU EXCEPCIONALIDAD: el razonamiento del combate y la fórmula sintética	492
8.1 Método específico de este capítulo:.....	492
8.2 Preguntas consolidadas.....	493
8.3 Planteamientos del derecho de combate.....	494
8.4 Premisa: mínima revisión de tipo y tipicidad	497
8.5 El tipo como narrativa y su conflictividad	500
8.6 Organización criminal como narrativa: tiempo y agentes.....	510
8.6.1 Organización criminal y el tiempo	512
8.6.2 Interpersonalidad e identidad autónoma.....	523
8.7 Consecuencia: imprescindible situación de combate	525
8.8 Desde el fenómeno hacia la fórmula	527
8.8.1 Los valores de Derecho Ordinario y los valores de combate (α , β)	529
8.8.2 El coeficiente del Estado de Combate (ΔC)	531
8.8.3 Escalas arbitrarias	532
8.8.4 Variable no arbitraria (Δk)	533
8.9 La fórmula: notación sintética de la Delación	539
8.9.1 La paradoja: $x \neq x$	539
8.9.2 La notación sintética general	541
8.10 Desde la notación sintética hacia la aplicación analítica.....	545
8.10.1 Razonando el (ΔC).....	546
8.10.2 Estableciendo las circunstancias en un derecho ordinario (α).....	550
8.10.3 Estableciendo las circunstancias de un derecho de combate (β)	552

8.11 Respuestas a las preguntas consolidadas	554
8.12 Tabla comparativa	559
8.13 Conclusión: el acoplamiento	561
Conclusiones Generales.....	564
Bibliografía.....	576

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis es delimitar los alcances de la delación premiada en su proceso de incorporación al sistema latinogermánico, especialmente al español, garantizando no solo su validez, sino también su legitimidad. Para ello, se parte de la premisa de que un instituto jurídico es legítimo si se adecua mínimamente a los valores del ordenamiento jurídico como sistema. Esta introducción se divide en tres partes: las motivaciones de la investigación, el método utilizado y una breve conclusión.

a. Antecedentes

Antes de iniciar la investigación para la presente monografía, este autor ya había publicado algunos ensayos sobre el tema de la delación premiada. Se trataba de apuntes acerca de contradicciones surgidas con la introducción del instituto en Latinoamérica, especialmente a partir de la ley brasileña de 2013. En aquel entonces, básicamente se observaban conflictos éticos en una norma que aún no había sido aplicada en gran escala. La experiencia, especialmente en Brasil, en los años posteriores, confirmó aquella hipótesis ensayística. El uso político de la delación fue, como se había previsto, gigantesco, y la llamada ‘oportunidad’ se transformó en persecución personal, interferencia judicial en procesos electorales y acoso a enemigos políticos. Además, un gran desequilibrio valorativo en el perdón a autores de graves delitos condujo a un *overload*, concretamente a la existencia, en grandes procesos de corrupción, de más delatores que delatados, generando una corriente de denuncias que acumuló más delitos de los que el Estado podía investigar. Ese *overload* implicó, al menos, dos consecuencias muy visibles: en primer lugar, que, frente a tanta información sobre delitos, se seleccionaron aquellos que se deseaba perseguir, siguiendo criterios no revelados, lo que ya se percibe como objeto de especulación durante muchos años en el futuro; en segundo lugar, que se evidenciara la existencia de una cleptocracia en el país, es decir, de un Estado que opera bajo reglas institucionalizadas de corrupción. Pero ello fue solo el primer paso¹.

¹ Especialmente: RODRIGUEZ, V. G. *Delação Premiada: limites éticos ao Estado*. São Paulo: Atlas, 2018, editado para América Latina a partir de Colombia (RODRIGUEZ, V. G. *Delación Premiada: Límites éticos al Estado*. Bogotá: Temis, 2019).

El segundo paso es más relevante como antecedente de este trabajo. La cleptocracia, al percatarse de que, exclusivamente debido al nuevo instrumento de la delación, el derecho penal **alcanzó a quienes antes eran inmunes al castigo**, logró remontar su reacción. Desde la Corte Suprema, consiguió anular las condenas dictadas contra figuras poderosas de la República, incluidos presidentes, ministros y parlamentarios. Para ello —y aquí radica el punto relevante— se valió del trasfondo cultural de la demonización del delator, aprovechando aquellas **contradicciones éticas** del instituto, las mismas que, anteriormente, la propia Corte tachaba de **anacrónicas** y superadas. En otras palabras, la contradicción entre la *delación premiada* y los valores éticos, aunque desestimada en el momento en que este autor publicó su trabajo ensayístico, siempre ha existido y sigue vigente. Lamentar que esta contradicción haya sido rescatada solo para proteger a la cleptocracia es una postura subjetiva; objetivamente, lo más prudente es extraer la lección de que dicha contradicción valorativa persiste y está lista para desatar sus consecuencias.

Por lo tanto, el auge y el ocaso de la llamada *Operação Lava Jato/Car Wash/Caso Odebrecht*, que tal vez haya sido uno de los mayores casos de corrupción del mundo², sirvió de experiencia y motivación para esta tesis. Como experiencia, porque, si bien, por un lado, confirmó que los conflictos valorativos del premio al delator tienen efectos prácticos, por otro lado mostró que la delación premiada es un instrumento irrenunciable del ordenamiento jurídico contemporáneo. Hoy parece claro claro que suprimirlo sería un retroceso, porque, al menos en el caso latinoamericano, serviría para mantener la eterna impunidad de la cleptocracia.

En cuanto al sistema español, la experiencia de Brasil permite destacar dos elementos que dan relevancia a este trabajo. El primero es que, aunque no se haya aplicado en casos de grandes delitos, el Código Penal Español prevé un amplio margen de discrecionalidad para la disminución de penas a delatores. Esto representa un horizonte en el cual, en algún momento no remoto, los temas éticos, político-criminales y

² El Department of Justice (DOJ) de Estados Unidos afirma en su sitio de internet que el caso Odebrecht fue el mayor acuerdo anticorrupción ya hecho por la FCPA (4.5 miles de millones de dólares norteamericanos). En: Odebrecht agreed that the appropriate criminal fine is \$4.5 billion, subject to further analysis of the company's ability to pay the total global penalties. *Archives - U.S. department of Justice*, [Washington D.C.], 21 dez. 2016. Disponible en: <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. La BBC, a su vez, al noticiar el caso, dijo que la Lava Jato hace que el Watergate pareciera un juego de niños. El titular era: PRESSLY, L. The largest foreign bribery case in history. *BBC World Service*, [s/l], 21 abr. 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/business-43825294>.

dogmáticos de la delación premiada serán llamados a discusión para una aplicación concreta e inmediata. El segundo elemento es que, al igual que en Latinoamérica, el tema de la delación se aborda casi exclusivamente desde el punto de vista del proceso penal. Esa equivocada concentración epistemológica tiene efectos visibles porque, aunque puede aportar reglas seguras en el momento de su aplicación, deja de ofrecer respuestas a los dilemas valorativos que acompañan el premio a las acciones posdelictivas de los llamados ‘colaboradores’.

Por lo tanto, la experiencia de este autor en Brasil sirvió aquí como motivación para la escritura, pero en contrasentido. En definitiva, no para investigar la ‘Lava Jato’ ni para invocarla reiteradamente como ejemplo en este trabajo, sino todo lo contrario: su función fue motivar un estudio-adequación alejado de la casuística y volcado integralmente hacia la dogmática. Al final, la seguridad sistémica en el derecho positivo es la mejor forma de generar efectos prácticos y de racionalidad jurídica, evitando el arbitrio. El hecho de que el Poder Judicial desee, o no, seguir esa misma racionalidad en sus decisiones, lamentablemente, escapa al alcance de cualquier producción con pretensiones académicas.

b. Método

El método de esta monografía se ha basado principalmente en la investigación bibliográfica, complementada con la interpretación en lógica informal y con una tentativa de aplicación de lógica formal, que aparecerá en el último capítulo. Como es habitual en el ámbito jurídico, se ha incluido la interpretación de fuentes legislativas y jurisprudenciales, combinada con la doctrina existente.

En cuanto a la estructura, el método comienza con el planteamiento de una pregunta principal y dos derivadas. La principal se centra en cómo otorgar legitimidad a la delación en el sistema latinogermánico, lo que implicará identificar sus límites y parámetros. Las derivadas buscan comprender, por un lado, cómo una pena mayor aplicada a otro individuo puede compensar la menor sanción otorgada al delator y, por otro, cómo se autoriza trasladar la reacción penal a un evento futuro e incierto. Al final, el impacto de las informaciones prestadas depende de cursos causales que no están bajo el control del delator. A partir de ello, se plantearon otras preguntas en cada capítulo, siguiendo un recorrido específico que condujera a respuestas lo más seguras posible.

Con este esquema, los capítulos buscan un orden lógico de convergencia, desde temas más abstractos, como la filosofía utilitarista, hacia cuestiones más concretas, como la fórmula final de legitimación del instituto. Esta fórmula, como se expondrá, no pretende reducir todas las reglas para la aplicación del premio al delator a un comando lógico-binario, sino contribuir a que la motivación del perdón al ‘colaborador’ del Estado sea completa y coherente con las reglas y valores de cada ordenamiento jurídico, además de responder a las particularidades de cada contexto delictivo.

El **capítulo primero** es conceptual. Parte de los primeros usos del término ‘delación’ y avanza hasta la definición de los términos que tienen validez funcional en este trabajo. Así se define ‘colaboración’ y, entre otros, *whistleblowing*, mientras se explica que, debido a factores políticos tratados en dicho capítulo, el término ‘delación’ es proscrito de las legislaciones, aunque sea el único con propiedad semántica para nombrar este fenómeno. También se detalla por qué, siguiendo una referencia en lo que son las *scientometrics*, se utiliza el vocablo ‘colaboración’ en el título de este trabajo.

El **segundo capítulo** aborda el principal trasfondo filosófico de la delación. Por ello, se han estudiado los autores utilitaristas, tan poco valorados en la doctrina iberoamericana, pero ampliamente investigados en el sistema anglosajón. Allí se plantea la cuestión de si esta corriente constituye verdaderamente una filosofía, en los términos tradicionales, o más bien un conjunto de consideraciones filosóficas que imponen límites menos rígidos a los objetivos generales de ganancia cuantitativa.

A raíz del utilitarismo, se adentra en la Teoría de juegos, en un estudio que, aunque presentado de manera muy funcional, ha requerido una comprensión previa más profunda de lo que, dicho con toda franqueza, muestran gran parte de los autores en el Derecho. El análisis permitió concluir que la aplicabilidad de la *Game Theory* en el cálculo de la pena es mucho menor de lo que se propaga, y que la relación entre el ‘dilema del prisionero’ y la delación premiada no va mucho más allá de una coincidencia casi paradójica. Sin embargo, para referirse a las utopías ultra-utilitaristas de la delación, la lógica y especialmente el vocabulario de esta teoría resultan oportunos.

El **tercer capítulo** es la base para iniciarse en los efectos prácticos: tomar posición sobre las funciones de la pena. Esto sirve para determinar cuánto se acepta de instrumentalización del individuo para las finalidades del Estado, a la vez que permite concluir que todo carácter preventivo de la pena tiene un trasfondo utilitarista. El equilibrio entre la falta de límites para las teorías preventivas y la poca racionalidad del

retribucionismo es una cuestión eterna del derecho penal, pero el hecho de ser constante no implica que deba encontrarse una solución para cada pena impuesta. De modo análogo, el levantamiento de la sanción requiere una motivación explícita, dejando claro que las razones que conducen al perdón no son una mera inversión vectorial de los motivos que justifican la imposición de la pena.

El **cuarto capítulo** busca el *locus* dogmático de la delación, que, sin mucho margen de controversia, se encuentra en la punibilidad. Este es un tópico sobre el cual se ha escrito bastante menos que sobre otros equivalentes del Derecho penal, como la tipicidad o la culpabilidad, pero que, en el caso de la delación, constituye el centro gravitacional de todo el sistema de su positivación. Sin embargo, ese marco dogmático debe ser estudiado desde una perspectiva valorativa, ya que no se puede asumir que la delación, por implicar la disminución de la pena y no su aumento, pueda reposar en un estado de anomia. Si, para imponer una condena, son necesarios motivos calcados en los valores de la ley, para rebajarla también se requiere una motivación legitimadora, dado que se trata de un derecho de excepción. En otras palabras, la simple ‘voluntad del Estado’ positivada en la punibilidad no resuelve el problema de legitimidad de la delación solo porque opera en favor del reo.

El **capítulo quinto** es el núcleo fundamental que permitirá comprender los cambios en la delación, bajo el análisis criminológico o, como aquí se preferirá denominarlo, fenomenológico. El crimen organizado es el factor que fuerza, o al menos permite, la introducción de leyes de delación y otros instrumentos destinados a reforzar el aparato persecutor del Estado en los sistemas no anglosajones. Estudiar las concepciones de crimen organizado permite entender el fenómeno en términos globales y pone de manifiesto su amenaza real. Como un estudio calcado en la realidad fenomenológica, este capítulo obliga a trazar una diferencia entre Europa y América Latina, cuya disparidad socio-organizativa impacta, si no en el sistema legislativo, al menos en la hermenéutica del instituto. Desde el análisis de que el premio al delator depende de la intensidad de las organizaciones, ya se empieza a delinear la hipótesis de esta monografía, sobre un derecho de combate.

Los **capítulos sexto y séptimo** son dos partes de un mismo tema: el proceso de perdón. Ambos surgen de la pregunta sobre cómo se puede disminuir la pena a quien se presenta como nuevo aliado del Estado al aportar informaciones útiles. Así surge la cuestión de si el premio al delator es una pena con perdón parcial o un perdón absoluto al

que se impone algún castigo como condicionante. Esta dicotomía no es meramente retórica, ya que sus derivaciones son bastante distintas.

El perdón adquiere un cariz tanto más concreto cuanto más contemporáneo en la Justicia Transicional, lo que obliga al análisis de algunos casos paradigma de países europeos, africanos y de América Latina, en una constante modernización de la conformación teórica de los conceptos de justicia. De ahí se concluye que los procesos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición son, no por coincidencia, transponibles, al nivel individual, a los fundamentos de la delación premiada. Configurándose el premio al delator como perdón, en él se concreta la nota de excepcionalidad inherente a la situación de combate. Por ello, el último capítulo está dedicado al tema de medir y configurar el combate.

El **octavo capítulo**, como conclusivo, demandó un método propio, al intentar no incorporar nueva documentación bibliográfica, sino trabajar únicamente con referencias internas. Esto aporta cohesión al texto, a la vez que demuestra que las consideraciones anteriores eran pertinentes al recorrido hacia la conclusión. Sin embargo, fue necesaria una breve referencia a postulados teóricos sobre la tipicidad para presentar el único modo, desde el punto de vista aquí adoptado, de otorgar legitimidad a la delación. Esto consiste en interpretar el tipo penal como una narrativa y la pena como una posible solución de conflicto, lo que rescata algo que habíamos desarrollado hace más de una década y que, en el contexto de la delación, encuentra tanto aplicabilidad inmediata como demostración de utilidad. A grandes rasgos, la delación se justifica cuando hay una situación excepcional que transforma el núcleo de la acción en el tipo para agentes colectivos, además de alterar la naturaleza (o, al menos, la relevancia) del transcurso del tiempo.

Todo ello introduce el núcleo del capítulo final: otorgar una conformación lógica al instituto de la delación premiada en el momento de su aplicación. Esto, como se ha anticipado, no implica dotar a la ley de una exactitud aritmética, sino evitar que la delación permanezca en un estadio de puro arbitrio o de razonamiento político-criminal momentáneo, alejado de criterios seguros. A partir de un coeficiente de combate, de valores diferenciados entre el *Derecho Ordinario* y el *Derecho de Combate*, además de los baremos de proporción previstos en la ley, es posible exigir la fundamentación de cada paso en la concesión del premio al delator, orientando tanto el razonamiento del juez como la dialéctica de las partes.

c. Resultados

Conscientes de que la fórmula presentada en el último capítulo puede modificarse en sus variables, su estructura se mantiene firme. De algún modo, como consecuencia de todos los argumentos expuestos en la monografía, cabe afirmar que, si se actúa conforme a los dictámenes configurados en el último capítulo, es decir, si cada paso allí indicado se fundamenta analíticamente, la *delación* se configurará como una excepcionalidad controlada, adquiriendo así su legitimidad. Esa es la propuesta que, en su conjunto, sostiene el texto que se presenta a continuación.

CAPÍTULO 01: APROXIMACIÓN Y PRIMEROS CONCEPTOS

1.1 Introducción: el problema especial del concepto

En cualquier texto con pretensiones científicas, es esencial definir los conceptos con los que se pretende trabajar. La precisión terminológica debe ser la primera tarea; de lo contrario, pueden surgir confusiones en el significado a medida que el texto avanza y las derivaciones de ese concepto se acumulan. Aunque esto es una característica general de cualquier texto, en este caso específico hay un elemento adicional que justifica anticipar algunos temas para evitar polisemias.

Se busca evitar un posible sesgo ideológico que, en términos generales, intenta neutralizar el término “delación”, que forma parte del título de este trabajo. Como se abordará más adelante, es común que este vocablo se considere ‘no jurídico’, es decir, como una referencia coloquial a un concepto jurídico cuyo nombre técnico es otro.

Debido al carácter específico que la terminología adquiere en este trabajo, se plantea la necesidad de distinguir el vocablo “delación/delator” de sus supuestos equivalentes técnicos, “colaboración/colaborador”. La presente monografía, aunque reconoce el valor nominal de la llamada colaboración, optará por utilizar la primera figura. Por ello, el primer paso consiste en justificar la elección de dicho término. Así, en este trabajo, la validación del vocablo va más allá de buscar una definición de algo que ya existe como *nomen juris*. En ocasiones, por el contrario, el concepto central de esta tesis, la delación, no aparecerá recogido en el ordenamiento jurídico.

El desarrollo de este trabajo, sin embargo, ha exigido otras distinciones conceptuales, ya sea porque no son tan habituales dentro del derecho penal, o bien porque,

a partir del avance de la tesis, puedan adquirir un nuevo significado. Términos como “derecho de combate” (*Bekämpfungsgesetz*) o el equilibrio en la Teoría de juegos (*Game Theory*) se encuadran en el primer caso; la *interpersonalidad* de la pena y la estructura narrativa del tipo pertenecen al segundo caso. En estas situaciones, la definición, aunque se mencione aquí, se desarrollará en detalle en las conclusiones, dado que depende de la interrelación de otros conceptos.

1.2 Distinciones entre colaboración y delación

Aunque existe un antecedente histórico de la delación premiada que se remonta a siglos o incluso milenios, el enfoque se centra en su renacimiento contemporáneo. En este contexto contemporáneo, que se remonta a la década de 1990, se observa que los primeros textos en Iberoamérica abordaron los términos “colaboración” y “delación” sin establecer grandes diferencias. De hecho, durante un tiempo, e incluso en la actualidad, algunos autores han considerado que ambos términos son sinónimos, como si fuera posible intercambiarlos sin alterar el significado. Como mucho, se ha asumido que existe una separación entre los términos, como se ha mencionado, en un punto intermedio entre el lenguaje técnico y el coloquial.

Dado que, en ocasiones, se abordarán cuestiones relacionadas con el lenguaje de manera paralela, es necesario adoptar una posición preliminar: la de que no se puede aceptar, en la redacción técnica, la existencia de sinonimia. Esto implica afirmar que, si en un texto ordinario no es posible sustituir un vocablo por otro sin que se produzca un cambio semántico, con mayor razón esto ocurrirá en el ámbito de las ciencias humanas.³

Incluso en un texto no jurídico, resulta casi intuitivo constatar que cada signo apunta a un único significado. La posible sinonimia en un texto rigurosamente elaborado se enfrentará, como se ha defendido en otras ocasiones, al menos al obstáculo del refinamiento cohesivo, el cual da lugar a lo que se denomina *monosemical bias*, es decir,

³ Por algunas cuestiones que entendemos que no son tema pertinente aquí, no se asume que el derecho sea una ciencia. La convicción aquí adoptada es la de que las ciencias están reservadas a una especie de razonamiento inductivo que pocas veces se alcanza. El término ‘científico’ es, entretanto, un vocablo que puede ser utilizado como contraposición a coloquial, al idioma común, pero ello no significa asumir el derecho como ciencia. Por ello, se utiliza ‘ciencia’ como referencia a las ‘ciencias humanas’, creyendo que puede haber mucha impropiedad en la locución, si se analiza con más profundidad.

el sesgo que se impone de manera forzosa en la elección de palabras para sustituir a otras. Esto es similar a lo que en español se conoce como intercambio de pseudosinónimos.⁴⁵

En este caso, la disyuntiva en la elección entre 'delación' y 'colaboración' introduce elementos que, por sí mismos, se solapan con el tema central de la presente monografía. Por ello, es necesario demostrar que se ha producido una especie de proscripción del término 'delación' en el ámbito jurídico. El objetivo de este esfuerzo colectivo es promover el uso del vocablo más acorde con su aceptación social. Aceptar dicha exclusión sin un análisis detallado implicaría que este trabajo, desde su título, careciera de rigor técnico al emplear un término que, aparentemente, no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico.

Ante este riesgo, se ha considerado necesario justificar la preferencia por dicho término, basándose en sus orígenes.

1.3 'Colaboración' y 'delación' en la ley

Inicialmente, parece inequívoco que la delación es una especie dentro del género 'colaboración'. Si se define de este modo, desaparecerían las confusiones distintivas, ya que cada vocablo se utilizaría dentro de su propio ámbito de significación. En términos generales, la delación premiada se configura como una de las diversas medidas novedosas

⁴ Investigando una lista de vocabularios científicos, autores de Londres y Hong Kong descubrieron conjuntamente lo que denominan "monosemic bias", en lugar de polisemia, en las listas de vocabulario técnico y científico. Según la subespecie de ciencia, las palabras varían de significado: "There is a further difficulty with compiling a so-called common core of academic vocabulary in that not only should it include items that meet frequency and range criteria, also in roughly similar ways across disciplines. reading academic texts, students need to be confident that they are understanding words in the right way, which means a vocabulary list must either avoid items with clearly different meanings and dissimilar co-occurrence patterns, or these items must be taught separately rather than as parts of families. We need, then, to be cautious about claiming generality for families whose meanings and collocational environments may differ across each inflected and derived word form". HYLAND, K.; TSE, P. Is there an "academic vocabulary"? *TESOL Quarterly*, v. 41, n. 2, 2007, p. 243. Vease, sobre monosemic bias: GEERAERTS, D. Classical definability and the monosemic bias. In: *Words and Other Wonders*. Berlin: De Gruyter Mouton, 2009, p. 149-174. Según el autor, el problema de definir el significado es que, aunque se opte por una definición clásica, hay que ser capaz de predecir todos sus usos. Esto es prácticamente imposible. Otros autores son más conservadores y encuentran la posibilidad, si no de un significado único, sí de un significado predominante en cada palabra. RUHL, C. *On Monosemy*. New York: State of New York University Press, 1989. Sobre las distorsiones conscientes e inconscientes del lenguaje, véanse: p. 128 e ss.

⁵ Benjamín García informa que "los sinónimos son expresiones dobles de cierto significado; es característica del ser doble el poder reemplazar al otro y la suplantación es tanto más perfecta cuanto más inadvertida pasa; pero, por más que el doble pueda ser el mismo (*idem*) nunca será él mismo (*ipse*)". GARCÍA-HERNÁNDEZ, B. Sinonimia y diferencia de significado. *Revista española de lingüística*, v. 27, n. 1, 1997, p. 1-32.

para combatir la criminalidad organizada⁶, entre las que se incluyen la localización de víctimas⁷, el 'abandono de los fines y los medios'⁸ de la organización criminal, las retrataciones en general⁹ o, en casos especiales, la reparación de los daños causados por el delito¹⁰, lo cual adquiere especial relevancia en casos de crímenes empresariales o grandes esquemas de corrupción. Todas estas medidas permitirían al reo o investigado obtener beneficios al colaborar con el Estado en el marco de investigaciones, sin que ello implique necesariamente el acto de 'delatar'¹¹.

La delación implica una colaboración con rasgos específicos, destacando la provisión de información que permite identificar o perseguir penalmente a otros individuos, ya sean coautores, partícipes del mismo delito o miembros de la misma 'organización criminal' del delator. En términos más precisos, la delación en sentido estricto no supone, por parte del acusado, el abandono de la actividad delictiva; tampoco implica la confesión de sus propios actos, sino la provisión de información para que se castigue a sus cómplices, a cambio de una reducción de su propia pena. Así, persiste una diferencia ética fundamental en este tipo de colaboración, y es este aspecto el que se aborda en este trabajo. Este **desfase ético** tiene consecuencias jurídicas directas, ya que evidencia diferencias en las escalas de valores dentro del equilibrio del sistema dogmático penal.

Si se buscara un sinónimo más cercano a la delación específica, este sería la *heteroincriminación*, es decir, la provisión de información que incrimina a otros individuos. La sinonimia no es perfecta – como nunca lo es – dado que la heteroincriminación no implica necesariamente una recompensa. Si se añadiera el predicativo, refiriéndose a 'heteroincriminación premiada', se alcanzaría un sentido cercano, aunque nuevamente incompleto debido al *monosemical bias*, lo que implicaría la omisión de algunos elementos considerados relevantes. En primer lugar, se pierde la

⁶ Véase, adelante, capítulo 5.

⁷ Véase artículo 4º, inc. V, de la Lei 12.850/2013 de Brasil.

⁸ Esta locución es retirada del artículo 90.8 del Código Penal Español. Véase item 3 de, 8.10.3, adelante.

⁹ Véase artículo 462 del Código Penal de España.

¹⁰ Sobre el tema: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra: Aranzadi, 2017. También: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Garantizar que el delito no resulte provechoso” el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción. In: MARÍA SILVA, J. *et al.* (coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, p. 903-914, 2017. Sobre el lugar de la reparación de daño, véase, adelante, 8.10.2.

¹¹ La más reciente edición del DRAE (22ª) presenta la siguiente definición al verbo delatar: 1. tr. Revelar a la autoridad un delito, designando al autor para que sea castigado, y sin ser parte obligada del juicio el denunciador, sino por su voluntad. 2. tr. Descubrir, poner de manifiesto algo oculto y por lo común reprochable.”

conexión con el lenguaje natural, siempre relevante, ya que el término 'heteroincrimación', al igual que 'colaboración', busca ocultar un posible vínculo de desvalor. En segundo lugar, la heteroincrimación, al ser más neutral, no alude a otros componentes de la delación, como el posible arrepentimiento y, especialmente, el vínculo previo entre el delator y aquellos a quienes delata, vínculo que la ley ha preservado hasta ahora. Como se verá, aunque el derecho emplea un vocabulario técnico que trasciende el lenguaje común, su conexión con este último es indisoluble.

En sentido conceptual, por lo tanto, preferimos la locución delación premiada a heteroincrimación premiada, porque aquella incorpora el sentido más completo del término en el necesario vínculo intersubjetivo entre delator y delatado; por otra parte, en cuanto al vocablo 'colaboración', este es un género del cual la delación es una especie, por lo que hacer equivalentes ambos términos parece ser un equívoco primario.

Esto plantea la necesidad de comprender por qué gran parte de la doctrina y la legislación de habla latina, hasta donde se ha observado, rechazan el uso del término 'delación', prefiriendo en su lugar 'colaboración', aunque algunos documentos empleen 'cooperación'¹² o, en ciertos casos, el término 'arrepentido'. Desde luego, no se trata de una cuestión de ignorancia o de falta de precisión terminológica. Este fenómeno se debe a dos factores que se analizarán más adelante en esta tesis, pero que ahora pueden resumirse brevemente en torno a su nomenclatura: por un lado, existe una coincidencia de intereses en utilizar la delación como un instrumento funcional ampliado para combatir la delincuencia; por otro, como consecuencia de ello, surge la necesidad, especialmente en países de cultura latino-germánica, de reducir el rechazo o, al menos, la desaprobación que el lenguaje común pueda asociar al término.

¹² Así, la ONU, en la Convención de las Naciones Unidas para el Combate a la Criminalidad organizada (Convención de Palermo) del año 2000, en su artículo 26.2 prefiere el término "cooperación", al prever que "2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención." La versión actual del manual de combate a lavado de activos también incentiva el uso de criminales, bajo el "arrepentimiento", entrecomillado en el propio original: "*Criminals could also be a valuable source of information, particularly in jurisdictions where they are given the incentive to "repent" or share information in return for favourable treatment in the criminal justice system.*". FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FTAF/ONU. *National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment FATF guidance*. [Paris]: FTAF, 2013, p. 17. Disponible en: [https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/National ML TF Risk Assessment.pdf](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/National_ML_TF_Risk_Assessment.pdf).

En este sentido, son escasos los autores contemporáneos que, a pesar de defender abiertamente este instituto, han empleado el término 'delación' en sus escritos¹³. Por lo general, los defensores del instituto han optado por los términos 'cooperación' o 'colaboración'; mientras que los críticos suelen mantener el término 'delación', que se ajusta al lenguaje natural. Este trabajo monográfico no aceptará, al menos de manera consciente, la elección de un término basado únicamente en posicionamientos ideológicos; por ello, este primer esfuerzo se centra en justificar la selección de una formulación más adecuada en el idioma castellano¹⁴.

En el siguiente subtítulo, se documentará brevemente la presión externa para la introducción de la delación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a pesar de que el término 'delación', pese a su corrección técnica, es rechazado en el ámbito internacional. Este rechazo al término 'delación' tiene implicaciones directas en el tema objeto de esta investigación.

1.3.1 La *peer pressure* en términos internacionales

Aunque este tema se abordará con mayor profundidad en otro apartado, es bien sabido que la delación premiada se ha impuesto en la actualidad como un mecanismo de lucha contra el terrorismo mundial, promovido por la ONU y reforzado tras los ataques

¹³ Si, por ejemplo, escritores importantes sobre el tema propenden a incorporar al sistema de delación la esfera procesal. Véase, por ejemplo, el mismo Ortiz Pradillo, en excelente obra sobre el tema: “estimamos que la verdadera naturaleza jurídica de incentivar la delación y la colaboración con la justicia es esencialmente procesal, pues se trata de un instrumento de política criminal que desplegará su campo de actuación en el ‘Proceso’ y no tanto en la ‘pena’”. ORTIZ PRADILLO, J. C. *Los delatores en el proceso penal*: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 54. De esa posición, plasmada incluso en algunas leyes, discrepamos directamente, ya que cualquier regla que permita disminuir la pena prevista para el delito es de naturaleza material, aunque sea más detallada en la legislación procesal. Tal y como ocurre con el instituto de la prescripción o, en España, la atenuación por dilaciones indebidas (art. 21.6 del Código Penal Español, a partir del artículo 24.2 CE), el hecho de que ocurra dentro del proceso no transforma la pena en un mero accesorio. Esta, en nuestro sistema, debe estar prevista en el propio Código Penal, el único que puede autorizar la renuncia al poder-deber de castigar el hecho típico, en la figura de la punibilidad. El propio autor citado, alguna vez, mostrará que las medidas procesales de delación son la puesta en práctica de figuras materiales: “La aplicación al delincuente arrepentido de las excusas absolutorias o tipos atenuados expresamente previstos en ese Derecho Penal Premial, incluida la atenuante analógica de colaboración con la Justicia, requiere en todo caso de la celebración de un proceso penal y del dictado de una sentencia (aunque sea de conformidad)”. ORTIZ PRADILLO, J. C. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [s/l], v. 3, n. 1, 2017, p. 56.

¹⁴ Aquí se hace una elección entre vocábulos que podrían ser utilizados en (siempre imperfecta) sinonimia. Luego, nos vamos a dedicar a distinguir el delator frente a otras figuras, como *whistleblower* y *arrepentido*. Hay puntos de coincidencia, pero no se puede hablar de simple desambiguación.

terroristas del 11 de septiembre de 2001 en territorio estadounidense, un hecho antes impensable. Este *plot twist* en las formas internacionales de persecución de delitos, a raíz de estos ataques, está bien documentado y ha sido analizado por diversos autores, cuyas referencias se indican fuera del cuerpo del texto. Para un futuro análisis quedará reflexionar si los conceptos de crimen organizado se ajustan a realidades con configuraciones muy distintas, como los grupos criminales de Latinoamérica, o si, con el tiempo, se ha desvinculado la idea central de crimen organizado de la delación, permitiendo que esta última siga un camino independiente¹⁵.

Por ahora, dentro de este marco conceptual, basta señalar que la ONU ha reconocido, especialmente en la lucha contra el terrorismo y el lavado de dinero – y, posteriormente, en la noción de organización criminal –, la eficacia del *peer pressure* o presión de pares, una técnica básica importada de la economía, particularmente de la OCDE. En resumen, se reconoce que estos organismos internacionales carecen de capacidad de *enforcement*, ya que, en teoría, no pueden actuar como fuerzas policiales dentro de los Estados, pero cuentan con la capacidad de influir para que una nación o grupo de naciones impulse a sus homólogos a adoptar medidas similares. Debido a una regla de reciprocidad casi nunca escrita entre los países¹⁶, la presión de pares funciona basándose en la expectativa de que cada nación adopte medidas equivalentes en los más diversos sectores.

En el ámbito de la lucha contra el terrorismo, sin embargo, esta presión de pares no solo es evidente, sino que incluso se formula explícitamente en algunos documentos supranacionales. En lo que respecta al tema de esta monografía, la Convención de

¹⁵ Poner aquí la cuestión de la diferencia de la guerra: la guerra latinoamericana es la *War on Drugs*, cuya conveniencia a Latinoamérica es muy discutible. Véase, adelante, 5.8.

¹⁶ Entre otros documentos, está el de 2021, del consejo de Europa, que, aunque reporta al año 1989 para la creación de la FATF Task-Force, pone de manifiesto, más de una vez, el resultado que resulta de la presión de los pares (en este caso, de naciones soberanas) para hacer valer las reglas de combate al lavado de activos, especialmente en terrorismo y narcotráfico. Véase: “The consensus to tackle money laundering stemming from drug trafficking led to the creation of the Financial Action Task Force in 1989 by the G-7. Today, the FATF is the driving force in fight against money laundering internationally. The group initially consisted of 15 OECD member countries and the European Commission, but it was gradually enlarged to include what are now the 37 member countries and a network of nine regional FATF-style bodies, totalling 205 member countries. **The FATF, by setting standards and adopting recommendations, works mostly through peer group pressure but has gained considerable influence.** Its recommendations are referred to in a variety of international instruments, such as the UN Security Council resolutions against terrorism and the EU’s AML directives, which have in turn reinforced its legitimacy”. CEPS - Centre for European Policies Studies. *Anti-Money Laundering in the EU: Time to get serious*, Brussels, 2021, p. 5. Disponible en: https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2021/01/TFR_Anti-Money-Laundering-in-the-EU.pdf.

Palermo¹⁷ y la *United Nations Convention Against Corruption*¹⁸ sentaron las bases para la posterior difusión de la delación premiada en las legislaciones nacionales¹⁹. A partir de la segunda mitad de la primera década del siglo XXI, la presión internacional se intensificó, buscando que cada país adoptara en su territorio un sistema legislativo que otorgara beneficios a los delatores, incluso con la facilitación, por parte de la comunidad internacional, de textos estandarizados y modelos de leyes que, hasta el día de hoy, se reproducen especialmente en América Latina.

A partir de la Convención de Palermo y de iniciativas contemporáneas, se desarrollaron diversos modelos legislativos con el objetivo de premiar a quienes cooperan con las actividades del Estado. Aunque en algunos casos ya existían disposiciones de contenido similar, en muchos países las posibilidades de justicia premial para los delatores aumentaron significativamente. Entre todas estas incorporaciones, ninguna que se conozca ha utilizado el término 'delación'²⁰, al menos en el ámbito del derecho penal, optando en su lugar por términos como 'colaboración'²¹.

¹⁷ “Art. 26. Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley: 1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a: a) proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como: i) la identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; ii) los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; iii) los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer; b) prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito. 2. *Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.* 3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, **de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno**, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención”.

¹⁸ “In its resolution 55/61 of 4 December 2000, the General Assembly recognized that an effective international legal instrument against corruption, independent of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (resolution 55/25, annex I) was desirable and decided to establish an *ad hoc* committee for the negotiation of such an instrument in Vienna at the headquarters of the United Nations Office on Drugs and Crime”.

¹⁹ Rodríguez García describe esa presión internacional a partir de lo que denomina ‘delitos de globalización’ y reconoce el esfuerzo de organismos supranacionales en, especialmente, tres frentes: generar bases comunes de “aquellas estrategias contrastadas y más eficaces para la persecución de los delitos”, desarrollar herramientas innovadoras de prevención y “concienciar a la sociedad en su conjunto de que, sin una propensión generalizada a la colaboración activa de los ciudadanos (...) será mucho más difícil alcanzar soluciones más justas, eficientes y acordes con los derechos humanos”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Los Whistleblowers y su protección legal en Portugal: del law in books al Law in Action a partir de la ley 93/2021. *Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, n. 10, p. 123-170, 2024, p. 124-125.

²⁰ En Chile, en términos de Cárteles, se habla de *delación compensada*, oficialmente. Pero hay siempre que tener en cuenta que la delación premiada en derecho de competencia no es lo mismo que la delación penal.

²¹ Esto se puede comprobar aun en este capítulo, en que se presentarán algunas de las principales formas legislativas de enunciación de este modelo.

Esta supresión, hay que admitirlo, constituye un *softening* lingüístico calculado, un eufemismo destinado a evitar el rechazo natural que la cultura latino-germánica manifiesta hacia quienes asumen el papel de traidores. El rechazo a la figura del traidor, que ocupará una parte relevante de esta monografía, se presenta aquí como una justificación conceptual: afirmar que no se prefiere el término ‘colaborador’ únicamente para evitar un rechazo cultural hacia un vocablo que, como se verá, es funcionalmente más preciso.

Una vez establecido que existen razones de orden político-criminal para la imposición del término ‘colaboración’ como sinónimo de ‘delación’, surge la pregunta de por qué este término se ha adoptado acríticamente en la comunidad científica. Aquí se defiende que esto se debe a una tríade de razones.

En primer lugar, (1) el efecto directo de la legislación: los autores que basan sus reflexiones en los términos legales no suelen cuestionar su precisión conceptual, reproduciendo el *nomen juris* como si fuera técnicamente correcto *per se*. De este modo, una vez que la legislación adopta el término ‘colaborador’, el jurista asume que esta es la denominación correcta, ya sea por considerarla científica o dogmática. Esto constituye un error, ya que se pierde la capacidad crítica de la doctrina, cuya función incluye acercar el *nomen juris* a su naturaleza real o científica.

En segundo lugar, y más determinante, está el (2) interés de quienes defienden la justicia premial en ocultar el rechazo moral que genera el término. En este punto, es necesario observar la gran relevancia que la justicia negociada tiene para el derecho procesal. Para explicarlo, es necesario un análisis hiperrealista: así como el Ministerio Fiscal²², en todos los países, tiende a favorecer la justicia negociada porque (a) incrementa su **poder institucional**, permitiéndole, en cierta medida, fijar las condenas²³ e incrementar su productividad²⁴, también (b) la **divergencia académica** entre penalistas y

²² Ortiz Pradillo demuestra, refiriéndose a España, que “una de las autoridades que más partidaria se ha mostado en nuestro país a la hora de introducir incentivos para facilitar la colaboración eficaz con la Justicia de todas esas personas que pueden operar como privilegiadas fuentes de información ha sido la propia Fiscalía General del Estado”. ORTIZ PRADILLO, J. C. *Los delatores...*, cit., 2018, p. 54.

²³ Es también la crítica que hace Tomás-Valiente Lanuza, al identificar en el caso de la justicia negociada la “actividad casi jurisdiccional de la Fiscalía”. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad. *Indret* 4, 2024, p. 233.

²⁴ Está contenida en esa productividad toda la idea de utilitarismo, que se presentará en el capítulo siguiente. Más específicamente, para lo que ahora se expone, está el inequívoco deseo de los órganos públicos de demostrar productividad, lo que, aunque de modo positivo, Rodríguez García va a denominar, a partir de Ritzer, ‘macdonalización’ del sistema en la ‘fast-justice’ colaborativa. En sus palabras: “El motor de este cambio es la búsqueda de mayor eficiencia, entendida como la obtención de una respuesta certera, rápida y que no vulnere la estructura de derechos y garantías propias del ejercicio del poder punitivo; esto es, desde

procesalistas desempeña un papel significativo. Los procesalistas – con todo respeto – tienden a aceptar cualquier medida que aumente el protagonismo práctico del derecho adjetivo. Por ello, suelen defender la justicia negociada como instrumento procesal, permitiendo que en las audiencias se resuelvan cuestiones que antes estaban reguladas por la lógica del derecho penal material. Y esto implica, esencialmente, rechazar el término 'delator'.

Por último, se sostiene que (3) los estándares contemporáneos de producción e impacto científico también son un factor clave en la inhibición del uso del término semánticamente más adecuado. El problema radica en que, en la actual carrera por las citas impulsada por las métricas científicas (*scientometrics*), el uso del término más difundido facilita la visibilidad de una publicación en los algoritmos de búsqueda científica²⁵. Esto disuade a los investigadores de utilizar, en sus textos, términos más precisos técnicamente, optando por aquellos que son más fácilmente identificados por esos algoritmos. Se trata de una *distorsión científica*, ya analizada por muchos, que en este contexto no puede ser ignorada. Y, cabe señalar, la inteligencia artificial generativa tiende a agravar este problema.

Sin embargo, las desventajas en la visibilidad algorítmica, las disputas entre categorías epistémicas artificialmente construidas o las luchas de poder entre autoridades

una incontrovertible perspectiva económica , fast-justice en tiempos de macdonalización —y también bruselización— de la justicia penal, en la que parece que importa más, como ideación de la buena gestión, la cantidad como medida para la calidad, apreciada en términos formales, despreciada en su significado material y en su ineludible conexión con la búsqueda de la verdad”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. El fomento europeo de los alertantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa, *La Ley - compliance penal*, 16, 2024, p. 05.

²⁵ La cuestión de las búsquedas logarítmicas en los *altmetrics* y los desvíos de comportamiento en los estudios científicos para alcanzar el éxito logarítmico están ya muy evaluadas en los estudios de *scientometrics*. Véase, por ejemplo, el estudio de Mingers: “Finally, in this brief overview, we must mention the advent of the Web and social networking. This has brought in the possibility of alternatives to citations as ways of measuring impact (if not quality) such as downloads, views, “tweets”, “likes”, and mentions in blogs. Together, these are known as “altmetrics” (Priem, 2014), and while they are currently underdeveloped, they may well come to rival citations in the future. There are also academic social networking sites such as ResearchGate (www.researchgate.net), CiteULike (citeulike.org), academia.edu (www.academia.edu), RePEc (repec.org) and Mendeley (www.mendeley.com) which in some cases have their own research metrics. Google Scholar can produce profiles of researchers, including their h-index, and Publish or Perish (Harzing, 2007) enhances searches of Scholar with the Harzing”. MINGERS, J.; LEYDESDORFF, N. A review of theory and practice in scientometrics. *European Journal of Operational Research*, [s/l], v. 246, n. 1, p. 1-19, 2015. Todas esas plataformas funcionan por búsqueda de palabras-clave, que hace con que el investigador que ahora ser citado opte por utilizar los vocablos más rastreados, lo que inhibe la crítica y la innovación terminológica. Véase también: HOLMES, R. The THES University Rankings: Are They Really World Class?. *Asian Journal of University Education*, Shah Alam, v. 2, n. 1, p. 1-14, 2006.

públicas por el control del sistema procesal no deben comprometer la precisión conceptual que este texto busca alcanzar.

1.4. El lenguaje natural: la imposición del término ‘delación’

Ante lo expuesto hasta el momento, surge la interrogante de por qué persistir en el uso del término *delación*, en lugar de atender a la inequívoca tendencia de la doctrina —también influida por su propia *peer pressure*— de emplear ‘colaboración’ o ‘cooperación’. Lo que aquí se plantea es que, al continuar utilizando el término rechazado por la ley, se podría incurrir en el mismo error, aunque con el vector invertido: adoptar una denominación ideológicamente sesgada.

La elección del término que preferentemente²⁶ da título a esta monografía se justifica no solo porque ‘delación’ es la parte específica de la colaboración que se estudiará, sino porque abordar la colaboración en su totalidad resultaría impreciso. Aspectos como las incautaciones, las compensaciones financieras y otros serán tratados de manera tangencial. La razón principal es que el término ‘colaboración’ no resulta funcional para describir el fenómeno estudiado cuando se utiliza en construcciones gramaticales más complejas. Un caso concreto sirve como evidencia deductiva de esto. Se trata de la ley brasileña de represión a la criminalidad organizada, principal normativa que regula la delación premiada en el ordenamiento jurídico del país.

Como se detallará en otro apartado²⁷, Brasil adoptó un modelo de legislación derivado de la *Convención de Palermo*, que aglutina medidas para combatir la delincuencia organizada. La ley tuvo una primera versión en 1995, en la que no se contemplaba el instituto de justicia premial. Sin embargo, en 2013 se promulgó una ley específica que, según su rúbrica, "*Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências*". Esta

²⁶ El título de esta monografía incluye tanto ‘colaboración’ como ‘delación’, en parte debido a consideraciones relacionadas con las métricas científicas. No obstante, busca señalar que el término ‘delación’ es el más preciso. Véase, atrás, 1.2.

²⁷ Véase, en este capítulo, 1.6.1.2.

norma penal sigue vigente, con algunas modificaciones, y establece, en su artículo 3º, la 'colaboração premiada'. Posteriormente, se introduce una sección específica titulada 'colaboração premiada'. En su versión original, los términos 'delação' o 'delator' no aparecían en ningún momento. Es evidente que el legislador consideró que el término 'delación' no sería utilizado por no ser adecuado, probablemente por las razones ya expuestas.

Aunque las circunstancias de la promulgación de esta norma darían lugar a numerosos comentarios político-criminales, interesa principalmente la nomenclatura. Como confirmación de la hipótesis aquí planteada, el término 'colaboración' no ha resistido todas sus implicaciones semánticas, es decir, no ha podido expresar con precisión el sentido requerido cuando las disposiciones legislativas alcanzaron un mayor nivel de complejidad. A continuación, se explica esta cuestión de la manera más sucinta posible.

1.4.1 La ley que incorporó el verbo ‘delatar’

La primera versión de la Ley 12.850, de 2013, no anticipó una serie de dificultades que la figura del colaborador generaría en la práctica judicial, manifestándose inicialmente en el ámbito procedimental. Una de estas dificultades se planteó de manera sencilla: en un recurso judicial dentro de la famosa Operação Lava Jato, conocida internacionalmente como ‘Caso Odebrecht’²⁸, los defensores del acusado llevaron al Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF)²⁹ una cuestión relevante relacionada con el derecho de defensa. El núcleo del problema era el orden de los alegatos finales de los acusados.

En apariencia, el problema planteado no es difícil de resolver. El derecho procesal brasileño, al igual que en la mayoría de los países, establece como principio que el reo cuente siempre con la última manifestación técnica, es decir, que pueda manifestarse después de la fiscalía o del acusador en general, justo antes de la decisión del juez. Sin

²⁸ Como se ha dicho en la introducción, la experiencia de Lava Jato o Caso Odebrecht es determinante para este estudio, aunque no sea dependiente de ella. Aquí se menciona porque es parte relevante de la dicotomía adjetiva/sustantiva.

²⁹ Se trata del HC 157627, STF.

embargo, cuando hay múltiples acusados, el plazo para los alegatos es común, es decir, se comparte entre todos los acusados, pero siempre después de los alegatos de la acusación. Esto es indiscutible, pero en este caso surgió una novedad: la figura del delator.

La protesta de la defensa ante la Corte, por parte de algunos de los delatados, se basaba en que uno de los acusados que presentaba su defensa combinaba el papel de acusado con el de delator. Esto significaba que, aunque el delator fuera, ante el juez, un acusado, para los coimputados no lo era en absoluto. En su calidad de delator, sus alegatos consistirían en presentar razones y pruebas que incriminarían a los coimputados. La petición de los imputados era, en este sentido, que se reconociera la existencia de tres figuras distintas en términos de intereses probatorios durante los alegatos finales: (i) la acusación (por parte de la fiscalía); (ii) el delator, que actuaría como un *tertium genus*, ya que contrastaría algunos elementos de la acusación pero presentaría cargos contra los delatados; y (iii) los acusados no delatores, incluidos los delatados por esta nueva figura. El Supremo Tribunal concedió el habeas corpus a los defendidos, al considerar que el proceso estaba viciado desde el orden de los alegatos. En consecuencia, aunque no existiera una previsión procesal al respecto, a partir de ese momento sería necesario establecer una triple escala de alegatos, que incluyera la dicotomía entre acusado-delator y acusado-delatado.

Este tema, que aparentemente implica una simple adaptación de los ritos procesales, tiene una trascendencia conceptual mucho mayor. En la práctica, se demostró que no solo existía la figura de alguien que colaboraba con el Estado, sino también la de alguien que colaboraba con la función específica de acusar a otras personas, dentro de un marco de previa coparticipación delictiva. Es decir, además de la colaboración, surgía un elemento ontológico: la función acusatoria del delator hacia coimputados específicos. Este conjunto de especificaciones, novedoso en la ley, es lo que define al delator. En otras palabras, al evitar el término 'delación', presente en el lenguaje natural, la norma solo cubrió parcialmente su significado. Sin embargo, cuando se requirieron relaciones gramaticales más complejas (como acusación en sentido estricto, acusación por parte del delator, acusados por la fiscalía y acusados por el delator, excoincidentes, etc.), el eufemismo 'colaboración' demostró ser totalmente insuficiente. Tanto es así que la ley brasileña, al introducir una modificación legislativa para incluir esta necesidad de escalonamiento en los momentos defensivos, no tuvo más remedio que utilizar los términos '**delator**' y '**delatado**', incluso en contra de la voluntad del legislador.

§ 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu **delatado** a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o **delatou**.

El predicativo “**reo-colaborado**” o el verbo “**reo que lo colaboró**”, por intransitividad, no solo serían gramaticalmente inaceptables, sino que también estarían vacíos de sentido. La afirmación que aquí se sostiene, según la cual la imposición del término *delator* va en contra de la voluntad del legislador, no es una impresión subjetiva, dado que la *mens legislatoris* es algo que un estudio con pretensiones dogmáticas no debe dar por supuesto. Sin embargo, hay elementos objetivos muy evidentes de que el participio *delatado* y el verbo *delató* fueron sustituidos en todos los casos donde el *softening* era posible. En toda la ley, las menciones a *delatar* ocurrieron solo en el momento descrito. No obstante, las palabras *colaboración*, *colaborador* o *colaborado* siguen utilizándose, en este único texto legislativo, no menos de 60 veces.

Este único caso nos lleva, entonces, a algunas conclusiones bastante básicas, pero relevantes para el sistema conceptual que aquí se propone: (a) Primero, que ontológicamente existe una figura del *delator*, distinta de lo que es la *colaboración*; (b) segundo, que el hecho de que el término *delator* provenga del lenguaje natural no significa que sea vulgar. Al contrario, se impone en determinados momentos cuando la fórmula eufemística de *colaboración* es incapaz de cubrir su sentido; (c) tercero, como efecto del anterior, el hecho de que, al ser elevado por obligación semántica en la norma, ya no se puede decir que la *delación* no sea un término jurídico; (d) cuarto, que persiste el deseo del legislador de no usar el término *delación* mientras sea una opción viable.

Esto obliga a establecer, en este texto, una distinción entre *colaboración* y *delación*, aunque no sea esta la intención de la ley. La *colaboración* premiada es más amplia que la *delación*, y este término puede utilizarse en este texto en numerosas ocasiones, incluso como denominación legal, cuando no se refiera específicamente a la entrega de copartícipes, sino a la aportación de pruebas valiosas para la investigación, ya sea sobre terceros, sobre el delito en su conjunto o incluso –lo que es muy relevante– sobre la reparación de los daños causados por el delito. La *delación* consiste en la entrega

de copartícipes del delito, lo que permite la aplicación del derecho penal a otros individuos, un fenómeno que denominamos interpersonalidad.

Como texto de carácter científico, esta distinción debe mantenerse.

1.5 Otras desambiguaciones necesarias

Para conceptualizar la delación, es necesario evitar el uso de términos que frecuentemente se emplean como sinónimos. Estos vocablos, aunque extraídos del lenguaje común y adoptados en los textos de ley, no comparten el mismo significado que la delación en el contexto de este estudio. Apartarlos conceptualmente no implica restarles su importancia histórica o semántica, sino establecer una clara distinción, operativa.

1.5.1 El arrepentido

El vínculo entre la delación premiada y el ‘arrepentimiento’ es estrecho, especialmente desde una perspectiva histórica. En el estado del arte sobre el tema, sin embargo, ya nada justifica, en rigor técnico, intercambiar los términos “arrepentido” con “delator”. Es evidente aquí la influencia italiana, de aquellos que hicieron proselitismo de lo que Cobo del Rosal denominó “pentitismo”³⁰, pero esa fue una denominación momentánea. Si persiste en algún escrito contemporáneo, será mucho más por tradición o por sinonimia impropia, es decir, para evitar la repetición de algún término, lo que puede ser aceptable en textos largos.

Tal rechazo a la técnica del término “arrepentido” se nota, por ejemplo³¹, en la obra de Quintanar Díez, quien, al estudiar profundamente el instituto en su tesis en Bolonia, publicó el trabajo en España, adaptado, bajo el título *La justicia Penal y los denominados ‘arrepentidos’*³². El título es autoexplicativo en relación con la toma de posición terminológica del autor, es decir, que utiliza la palabra ‘arrepentido’ por ser la

³⁰ COBO DEL ROSAL, M. Prologo a: QUINTANAR DÍEZ, M. *La justicia penal y los denominados ‘arrepentidos’*. Madrid: Edersa, 1996, p. XVII

³¹ Decimos aquí ‘ejemplo’ para el término, pero no se trata de una elección toda al acaso. La obra de Quintanar Díez es todo un referente para esta monografía, especialmente en sus estudios sobre los fundamentos de la delación. El hecho de que no vayamos a compartir muchas de sus posiciones no significa que quitemos algún mérito de la completitud y acuracia del estudio.

³² La información consta en: QUINTANAR DÍEZ, M. *La justicia penal...*, cit., p. XXIII.

denominación legal, al ser el *nomen juris*, pero no está de acuerdo con ella³³. El autor no es explícito en su obra sobre la cuestión terminológica, pero la confrontación es evidente. Otros autores también parecen mezclar el término con la figura del arrepentimiento posterior³⁴, que es otra locución cuya precisión merece ser revisada.

También en Italia, luego de esa primera denominación, la doctrina se encargó de no incorporar el arrepentimiento en el núcleo de su instituto. Allí por tradición, hay un uso ya impropio por parte de la norma, que se desvincula del lenguaje natural, aquí por tradición: en un proceso histórico, los *pentiti*, como término jurídico, se alejan de la referencia a una persona subjetivamente arrepentida. Otros países también, por tradición, pueden utilizar la terminología, aunque reconozcan su impropiedad³⁵. Tal es el caso de Argentina, que utilizó la palabra arrepentido 17 veces en la exposición de motivos de la ley que, en 2016, introdujo la delación premiada en su Código Penal. Con todo, en la norma primaria, es decir, en el propio Código, no se introdujo ninguna referencia al arrepentimiento o al arrepentido.

Dicho esto, quedaría por contestar cuál es el papel del arrepentimiento en el delator, pero ello será objeto de estudio al abordar las motivaciones del premio al delator, entre las cuales puede encontrarse un posible arrepentimiento. No es imprudente adelantar, sin embargo, que el subjetivismo inherente a la figura del arrepentido es algo que la tendencia normativista actual, o al menos la tendencia hacia la objetividad³⁶, hará

³³ Según Quintanar: “De esta obra se puede extraer a conclusión de que el denominado denunciante-delator, soplón o malsín es pieza clave del proceso penal de los siglos analizados (...) Evidentemente, los móviles que podrían inspirar las denuncias resultaban ya bastardos por este último particular. En otros supuestos eran odios, antipatías personales, envidias etc, los estímulos adecuados para la delación” QUINTANAR DÍEZ, M. *La justicia penal...*, cit., p. 317; Como terminología, también: DIAZ-MAROTO VILLAREJO, J. Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del “arrepentido”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4132, 1996.

³⁴ SOTO RODRÍGUEZ, M. L. El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal. *Diario La Ley*, n. 7856, 2012.

³⁵ En ese sentido, es muy curioso notar que La ley 27.304, de 2 de octubre de 2016, que introduce la reforma penal se refiere en todo momento a “arrepentido”. Nada menos que diecisiete veces, pero *no* inserta ese nombre en el Código Penal. Según el criterio aquí expuesto, sabe el legislador que, aunque asuma para sí mismo la idea del arrepentido, el arrepentimiento, conforme ya justificamos, no cabe en la ley penal como forma de tan rotunda disminución de la pena.

³⁶ Así, por ejemplo, se manifiesta el Tribunal Supremo en la STS 516/203, haciendo cita de otras sentencias: “En relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 CP, hemos puesto de relieve, SSTs. 116/2013 de 21.12, 1126/2011 de 2.11, 246/2011 de 14.4, 6/2010, entre otras, que la razón de la misma no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito”.

que no sea de fácil incorporación al derecho penal³⁷. Sin embargo, es posible plantearse un arrepentimiento en clave normativa³⁸.

Dentro de los límites de este texto, la referencia al arrepentimiento o incluso el uso del término adjetivo ‘arrepentido’, si se utiliza, será para referirse al sentido natural de la palabra, jamás para equivaler a delator o delación.

1.5.2 El *whistleblower*

Desde la etimología anglófona, el *whistleblower* es quien 'hace sonar el silbato', lo que describe a un denunciante que, aun habiendo podido participar en los hechos delictivos, es quien alerta sobre la existencia de un entramado probablemente ilegal. Ser *whistleblower* implica ser el primero en denunciar los hechos ilícitos, al menos desde su propia perspectiva, ya que sin su intervención no se podría considerar que se haya dado la alerta. Por ello, el sustantivo en castellano más adecuado para traducir este concepto sería 'denunciante', aunque no constituye una equivalencia exacta en términos científicos. Una vez más, la sinonimia resulta imposible, pero en este caso, dado que se trata de un término relativamente novedoso, la incorporación de la palabra extranjera sin adaptación se ha vuelto inevitable hasta ahora. Así, la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, utiliza en su versión en castellano el término 'denunciantes', aunque incluye una aclaración inicial que especifica que estos 'denunciantes' son los *whistleblowers*. Véase un fragmento de su primer considerando: "Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés, coloquialmente conocidas como *whistleblowers*) y, por ello, desempeñan un papel

³⁷ Desde el punto de vista del derecho procesal, Santos explica muy bien la superación del vocablo ‘arrepentido’ para el instituto: “(...) la noción de que un colaborador o alguien que simplemente reconozca sus acciones debe ser necesariamente un arrepentido ha quedado superada. En otras palabras, los motivos personales por los cuales alguien confiesa o colabora con la justicia no son más relevantes en el ámbito de un proceso penal cuyo objetivo es fomentar una actitud colaborativa en línea con una política criminal que busca facilitar la persecución, mejorar la eficiencia del proceso, reducir los tiempos de procedimiento, entre otros aspectos”. SANTOS, M. O. T. dos. *Colaboración con la justicia en el sistema penal español: principio de oportunidad, justicia premial y negociada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 414.

³⁸ Véase, adelante, 6.11.2.

clave en la detección y prevención de dichas infracciones, así como en la protección del bienestar de la sociedad".

Cabe destacar que la normativa —o, más precisamente, su traducción al castellano— utiliza una remisión de sentido intratextual. Esto implica que, para esta norma, el término 'denunciante' equivale a *whistleblower*. Al tratarse de una Directiva dirigida a una Comunidad de Estados, se presume que el lector posee un alto nivel de conocimiento técnico-jurídico, lo que le permitirá comprender dos aspectos: primero, el significado específico del término *whistleblower*; y segundo, que el término 'denunciante', en este contexto, engloba todo el significado técnico de *whistleblower*, algo que no es trivial, como se verá más adelante³⁹.

En este texto, no es posible establecer esta equivalencia de manera directa. La palabra *denunciante* es polisémica, en el sentido de que puede abarcar el significado de *whistleblower*, de *delator premiado* o incluso de *soplón* o *chivato*, con toda la carga negativa que estos últimos términos coloquiales implican y cuyo significado técnico-jurídico es casi nulo. Adoptar *denunciante* como equivalente de *whistleblower*, en una atribución artificial de sentido como en la Directiva Europea, haría perder todo el valor semántico que se le ha otorgado al término.

El *whistleblower* asume cada vez más una connotación técnica en distintas áreas del conocimiento: la psicología social, el trasfondo de los programas de cumplimiento (*compliance*), la administración de empresas, la sociología del trabajo —especialmente en grandes corporaciones— e incluso el derecho internacional. La filosofía, naturalmente, tampoco ha quedado ajena al tema. Desde esta presente perspectiva, más interesan algunas dinámicas del *whistleblowing* que aquí se denominarán, aún con el propósito

³⁹ Es importante notar el camino reverso, de que la palabra *whistleblower* tiene el significado técnico de 'denunciante' en el idioma inglés. Se incorpora esta aclaración porque el término suena como ultra-colloquial, ya que su sentido denotativo es otro: la persona que sopla el pitido. Sin embargo, para demostrar que el nombre *whistleblower* está técnicamente incorporado, no hace falta más que notar su uso en la versión en inglés de la Directiva europea. La palabra *whistleblower* es utilizada 56 veces, y *whistleblowing* otras dos, sin que ninguna de ellas aparezca entre comillas. Otras tan insustituibles pero más coloquiales, como '*watchdog*' (ítem 46) aparecen con el destaque para el quiebre del nivel del lenguaje. Así, discrepamos de la traducción al castellano de la misma directiva, al decir que "en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers", ya que la versión en inglés de la misma norma es la prueba de que, si el término ya fue de uso coloquial, hoy es absolutamente técnico. La versión castellana podría, con seguridad, decir 'técnicamente conocida como *whistleblower*'.

específico de realizar desambiguaciones: las *denuncias internas*, los *programas de lenidad*⁴⁰ y la *speak up culture*⁴¹.

La teoría actual de los *compliance programs* impone, como parte relevante de su tarea, los llamados *canales de denuncias (hotlines)*, en sus más variadas formas. Las estructuras para promover y gestionar las denuncias internas o externas de irregularidades dentro del ámbito corporativo son ahora de implementación obligatoria debido a las normativas que exigen la adopción de *compliance programs*. En este sentido, muchos y competentes académicos han comenzado a estudiar estos instrumentos, que no dejan de ser herramientas de denuncia. Sin embargo, el origen y desarrollo de estos programas apenas han sido abordados superficialmente en el ámbito jurídico, ya que sus grandes cuestiones, como la calidad de la información, el sesgo en las denuncias, las represalias morales hacia los *chivatos*⁴² y las listas de denunciantes (*reverse whistleblower*), están enmarcadas en las complejas estructuras de la administración de empresas, las cuales, a su vez, se apoyan en diversas ciencias auxiliares.

Dicho esto, es evidente que algunas cuestiones jurídicas y morales sobre la ética de las denuncias dentro de las empresas están relacionadas con lo que aquí tratamos, en un contexto específicamente penal. No se pueden ignorar las ideas que surgen del *compliance*, en especial la rápida incorporación de sus principios, siendo la denuncia uno de sus elementos clave. El hecho de que aquí no se omita el gran movimiento hacia las denuncias en las empresas, su posible sobrevaloración y la conciencia —al menos teórica— de los riesgos involucrados en esta práctica no significa que debamos confundir los temas: el *whistleblower* no necesariamente es partícipe de un hecho delictivo, no

⁴⁰ La decisión de denunciar un cártel es mucho más utilitaria y calculada que la decisión de delatar en el ámbito del derecho penal. Esta decisión involucra una serie de elementos que van mucho más allá de la simple reducción de pena, y, por regla general, permite un diálogo más detallado con las autoridades. Desde luego, la diferencia entre una delación criminal y la denuncia ante el órgano responsable de garantizar la libre competencia económica plantea toda la discusión sobre las aproximaciones entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, considerando la gravedad de sus sanciones y la necesidad de garantías equivalentes. Incluso, los principios éticos de ambos campos podrían ser objeto de revisión. No profundizaremos en el tema aquí, pero remitimos, en todo caso, a GÓMEZ TOMILLO, M.; SANZ RUBIALES, Í. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 5. Ed. Madrid: Aranzadi, 2023, especialmente capítulo 2.2.

⁴¹ En otra obra, el autor de la presente monografía ha estudiado la *cancel culture* a partir de la óptica de la argumentación, algo que ejerce influencia en las reflexiones aquí. Por ello, apuntamos las referencias: CLARK, M. Drag Them: A brief etymology of so-called “cancel culture”. *Communication and the Public*. v. 5, n. 3/4, 2020. También: NG, E. No grand pronouncements here: Reflections on cancel culture and digital media participation. *Television & New Media*, v. 21, n. 6, 2020. También: VANDEKERCKHOVE, W.; FOTAKI, M., KENNY, K., et. al. Effective speak-up arrangements for whistleblowers: A multi-case study on the role of responsiveness, trust and culture. *Economic & Social Research Council*, 2016.

⁴² Aquí se permite el uso coloquial, porque esa moral, por anacrónica, remite a los términos más utilizados en ese reproche.

comparte los valores antijurídicos que denuncia (más bien al contrario) y, como punto principal, no espera la reducción de su propio castigo a cambio de su *disclosure*, es decir, la revelación de información no disponible al público.

También está la importante cuestión de los *whistleblowers* en sistemas empresariales de formación de cárteles, una práctica que está prevista en gran parte del mundo, incluida España. Las empresas que esperan que su denuncia rompa un círculo de actividades ilícitas hasta entonces no reveladas introducen una dinámica diferente a la de la *delación premiada* que aquí se estudia. En gran medida, esto se debe a que, aunque pueda haber intereses económicos sustanciales involucrados en la denuncia⁴³, su requisito principal es que las infracciones no sean conocidas por las autoridades investigadoras. El principio de *first to blow the whistle* en los programas de lenidad en casos de cárteles es un factor diferencial, una no equivalencia con la *delación premiada*, aunque los puntos de contacto entre ambos institutos sean considerables. Y, una vez más, se trata de elementos incorporados rápidamente en los entornos legislativos globales debido a su eficacia. Sin embargo, los elementos de contacto entre estos institutos no autorizan que se confundan con el objeto de la presente monografía.

Por último, el *whistleblowing* está intrínsecamente relacionado con la llamada *speak up culture*, un fenómeno que, a grandes rasgos, busca impulsar la denuncia de cualquier *wrongdoing* por parte del ciudadano, es decir, de cualquier actitud moralmente incorrecta, con todas las consecuencias que la fluidez de la moral puede acarrear en las variantes de tiempo y espacio. Esta es una idea mucho más amplia que el *whistleblowing*, y bastante delicada en términos jurídicos, ya que en gran medida entra en conflicto con las garantías de los derechos de la personalidad. Su relación con la revolución causada por las redes sociales y con la *cancel culture* es estrecha y podría ser objeto de esta investigación en la medida en que influye en la justificación del *delator*. La idea del *no me callo* o afirmaciones como *mexeu com uma*, *mexeu com todas* son equivalentes positivas de la *speak up culture*, que, en cierta medida, contrarrestan la ética que recrimina la *delación*.

⁴³ La decisión por denunciar un cártel es mucho más utilitaria y calculada que la decisión por delación. Ella involucra tantos otros elementos que van mucho más allá que la disminución de pena, además de, en regla, permitir un diálogo con autoridades detallado.

De todos modos, es necesario precisar: la *speak up culture* es un elemento facilitador del *whistleblowing* y tal vez pueda influir en la evolución de los acuerdos de *delación premiada*. En este momento, se considera simplemente como un aspecto diferencial: esa cultura fomenta la denuncia del *whistleblower*, muchas veces por parte de la víctima de abusos, no de sus autores. No obstante, los puntos convergentes entre ambas prácticas no son pocos.

1.5.3 La ‘interpersonalidad’ de la pena

No se trata de una simple desambiguación, sino de la necesaria atribución de un sentido interno a este texto. En este trabajo, se definirá de manera recurrente lo que aquí se ha convenido en llamar 'interpersonalidad' de la pena. El término podría parecer autoexplicativo, de no ser por la necesidad de precisión en este contexto. Aunque esta monografía incluye un estudio relevante de la filosofía utilitarista, así como de la función de la pena y sus mecanismos de prevención general, no se ha encontrado otro término que describa una característica específica de la delación premiada: su capacidad para trascender del autor del delito a los delatados. La interpersonalidad, a diferencia de las dimensiones de la pena en la prevención general, tiene un efecto compensatorio: mientras que en la prevención general la pena se proyecta hacia una colectividad, en la interpersonalidad la pena se 'transfiere', ya que la reducción de la pena para el delator busca la imposición de una pena mayor para los terceros delatados. En este sentido, la interpersonalidad es una característica única, definida como la capacidad (ideal) de la pena para transferirse a otros individuos. En este caso, si el sistema de delación se mantiene dentro de niveles éticamente aceptables, debería limitarse únicamente a miembros de la misma organización.⁴⁴

⁴⁴ Como se verá con mayor detalle en los capítulos 05 y 08, trabajamos con la idea de que la condición para otorgar el premio al delator sea un vínculo directo entre el delator y los delatados. Si la situación de combate (véase, en este capítulo, 1.8) se torna extrema hasta el punto de permitir la reducción de la pena a cambio de informaciones no relacionadas con la participación del delator, habrá que admitir una disolución total del fundamento ético del ordenamiento jurídico, lo cual no deseamos alcanzar.

1.5.4 El derecho de combate y el derecho de guerra

En el presente trabajo, se sostendrá que la delación premiada forma parte de un Derecho de Combate. Este aspecto es esencial para la comprensión de la legitimidad del instituto, lo cual se demostrará especialmente en el último capítulo. Por ello, resulta necesaria una definición.

De manera muy básica, puede afirmarse que la aparición de nuevos riesgos, especialmente la criminalidad organizada, ha impuesto una flexibilización de la dogmática. Este concepto, en la literatura jurídica latino-germánica, remite directamente al *Feindstrafrecht*, el Derecho Penal del Enemigo⁴⁵. Por lo tanto, resulta pertinente aclarar desde el inicio que, aunque la visión aquí expuesta comparte ciertas premisas con el Derecho Penal del Enemigo, las diferencias son significativamente más relevantes. Como punto en común, se destaca la visión comunicativa del derecho, pero sin adherir completamente a los conceptos luhmannianos. Aquí no se sostiene la idea de que la sociedad sea pura comunicación⁴⁶, pues se defiende, más bien, la existencia de un sistema de pensamiento narrativo que, siguiendo a Hegel, dota al individuo de una expectativa hacia el futuro. Asimismo, se coincide en que, en esta necesidad de combate, el núcleo garantista del derecho penal se ve obligado a expandirse.

Sí es cierto que es Jakobs quien reintroduce la idea de combate en la dogmática germánica⁴⁷. Como es conocido, los rasgos específicos del *Feindstrafrecht* son la

⁴⁵ Apenas para dejar documentado, véase el resumen de Gracia Martín, para cinco características del Derecho penal del enemigo: a) la creación de tipos penales que permiten una anticipación de la punibilidad; b) la desproporcionalidad de las penas; c) la utilización de tipos penales abiertos en el derecho alemán, en leyes que Jakobs denomina “de lucha o combate”; d) la restricción de las garantías procesales de los imputados; y e) añade el autor que también debe observarse cómo, en materia de ejecución penal, las leyes tienden a restringir las libertades. “Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o que amplían los requisitos de la libertad condicional.” GRACIA MARTÍN, L. *El horizonte del finalismo y del Derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 106-112.

⁴⁶ Sobre el tema, publicamos en RODRÍGUEZ, V. G. Inteligencia Artificial y autopoiesis: ‘machine culture’ como baremo de la culpabilidad. In: GÓMEZ TOMILLO, M. *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025.

⁴⁷ Importante tesis doctoral que hizo la primera gran crítica del derecho penal del Inimigo en Brasil presenta el combate como elemento central. Así, el primer párrafo de la monografía: “‘Luta’ e ‘combate’ são marcos cada vez mais recorrentes nas estruturas normativas penais¹, sugerindo ao sistema jurídico um sentido operacional típico aos casos de antecipação da intervenção punitiva nas condutas indiciárias de perigo futuro. A expansão dessas estruturas normativas manipula o sentido da evolução da repressividade, aparentemente embaladas pela sedução sibilina da intervenção punitiva em face do inimigo”. SAAD DINIZ, E., *O sentido operacional dos conceitos de pessoa e inimigo no Direito penal*, Tesis Doctoral, USP, 2010, p. 13

anticipación de la punibilidad, la ausencia de reducción proporcional de la pena, la reducción de las garantías procesales y “la transición de una legislación penal a una legislación de combate” (*Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung*⁴⁸), especialmente en relación con el terrorismo, los delitos económicos y, en alguna medida, los delitos sexuales⁴⁹. Sin embargo, el combate en sí mismo no es una creación del profesor de Bonn. Es el propio autor quien recuerda que en Alemania, en 1986, ya existía una ley de “combate” al terrorismo, lo que demuestra que este ya estaba internalizado y naturalizado en el derecho⁵⁰. Lo que Jakobs aporta, a diferencia de lo que aquí se sostendrá, es que la lucha suponga una “identificación del enemigo contra el cual se debe actuar” (*dann implizieren ‘Krieg’ und ‘Kampf’ einen Feind, gegen den es vorzugehen gilt*)⁵¹. Es posible, como se demostrará en los próximos capítulos, identificar una situación de combate sin personificar al enemigo.

Así, se toma en préstamo el término *Bekämpfung* en el *Strafbekämpfungsrecht*, que no es más que una identificación del estado de cosas en el derecho desde hace muchos años. Esa facticidad del combate se encuentra más naturalizada en el Nuevo Continente, ya sea en Estados Unidos o en Latinoamérica, a partir de todo lo que ha significado el combate al comunismo o la posterior *war on drugs*⁵², que se remonta a la década de 1970. De ese modo, hay que reconocer que el Derecho Penal del Enemigo tiene el mérito de haber identificado la situación de combate, el *Bekämpfung*, que dio lugar al planteamiento

⁴⁸ “Typische Kennzeichen des Feindstrafrechts sind: 1. weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, also Wendung des Blicks von der geschehenen auf eine kommende Tat, beispielhaft seien die Tatbestände der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§ 129, 129a StGB) oder des bandenmässigen Anbaus von Betäubungsmitteln (§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) genannt; 2. keine der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe, beispielhaft, die Strafe für den Rädelsführer einer terroristischen Vereinigung ist gleich der Strafe eines Mordversuchstäters, allerdings bei gegebener Versuchsmilderung (§ 129, Abs. 2, 211, Abs. 1, 49 Abs. 1, Nr. 1 StGB), und übersteigt die gemilderten Versuchsstrafen der ansonsten bei terroristischen Vereinigungen genannten Delikte überwiegend erheblich; 3. Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung, wobei etwa Wirtschaftskriminalität, Terrorismus, organisierte Kriminalität, aber auch – unter Verlust mancher Konturen – Sexualdelikte und andere gefährliche Straftaten sowie – alles überwölbt – überhaupt das Verbrechen bekämpft werden sollen; 4. Abbau prozessualer Garantien, wobei die Kontaktsperre (§ 33 ff. EGGVG) das mittlerweile geradezu klassische Beispiel bildet”, JAKOBS, G., Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 51-52.

⁴⁹ Evidentemente, para la realidad latinoamericana habría que añadirse el tráfico de estupefacientes.

⁵⁰ JAKOBS, G., *Terroristen als Personen...* cit., pp. 842.

⁵¹ “Nun, bereits 1986 wurde ein ‘Gesetz zur **Bekämpfung (!) des Terrorismus**’ erlassen, 2003 in Umsetzung eines Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union ein weiteres zur ‘Terrorismusbekämpfung’, und auch das kurz zuvor erlassene, unscheinbar. ‘Strafrechtsänderungs-gesetz’ genannte Gesetz gehört in die Reihe der gegen Terrorismus gerichteten Kampfgesetze”. JAKOBS, G., *Terroristen als Personen im Recht?* In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften, n. 117, 4. 2006, p. 841

⁵² Véase, adelante, 5.8

del *Feindstrafrecht* en Alemania. No obstante, esa misma situación de combate ha llevado, desde hace décadas, a que el derecho interno de Estados Unidos asuma una vertiente positiva, como el derecho premial, y, en el ámbito internacional, ha justificado una serie de intervenciones militares en el extranjero⁵³, promovidas principalmente desde Estados Unidos. Este último aspecto, sin embargo, no puede ser abordado en esta monografía, salvo como elemento límite del combate: el combate deja de ser un elemento del derecho interno cuando se transforma en guerra⁵⁴, es decir, cuando entra en vigencia el tradicional *jus in bello*⁵⁵.

A diferencia del Derecho penal del enemigo, frente a esa necesidad de combate, el Estado puede tener una reacción positiva, de incentivo en lugar de inocuización. Ese es el camino que se sigue en el tema objeto de esta monografía⁵⁶. Las inclinaciones hacia una política colaborativa y premial tienen su origen en la doctrina anglosajona, y hoy en día se observa la presencia de institutos como el *compliance*⁵⁷, que, aunque no sea el tema central de esta monografía, guarda paralelismos con su objeto. En situaciones de combate, el Estado prefiere fomentar la colaboración, lo que evidentemente conlleva ciertos costes en la efectividad (o al menos en los “efectos”) de la pena. Tal como sucede con las

⁵³ Henry Kissinger, conocido por, a pesar de su Nobel de la Paz, articular intervenciones militares en la política externa de Estados Unidos, presenta dos valores a sopesar en la construcción de esa política en el futuro: ‘valores’ y ‘necesidades’. Evidentemente, aunque el autor niegue una política estrictamente imperialista de Estados Unidos, ello prepara la posibilidad de las intervenciones de modo utilitarista. En sus palabras: “In the post-Cold War world, American idealism needs the leaven of geopolitical analysis to find its way through the maze of the new complexities. It will not be easy. America refused to dominate even when it had the nuclear monopoly (...) America, like other nations, must learn to navigate between necessity and choice, between the immutable constants of international relations and the elements subject to the discretion of statesmen. Wherever the balance is established between values and necessity, foreign policy must begin with some definition of what constitutes a vital interest – a change in the international environment so undermining to national security that it must be resisted no matter what form the threat takes or how ostensibly legitimate it appears.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. NY: Simon & Schuster, 1994, p. 812

⁵⁴ La distinción aparece en Polaino Orts, quien, en un análisis profundo, rechaza que el Derecho penal del enemigo deje de ser una categoría del Derecho penal para convertirse en un derecho de guerra en su sentido puro. En sus palabras: “El Derecho penal del enemigo, en sentido funcionalista, no constituye una legislación de guerra en sentido técnico, sino un conjunto de normas que combaten delitos especialmente graves que se oponen frontalmente al Estado y a los ciudadanos. En este sentido, es evidente que existen normas contra el enemigo en el Derecho penal democrático, y dichas normas no son **pura** coacción (lucha, poder, combate: guerra), sino también el modo jurídico de tratar a los delincuentes peligrosos dentro del Estado de Derecho”. POLAINO ORTS, M. *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Lima; Grijley, 2009, pp. 650-651

⁵⁵ Véase 8.3

⁵⁶ Puede tener algun romanticismo en el tema, pero al parecer se puede identificar la conversión positiva a las fundaciones de Estados Unidos. Al menos, en el estudio de Schimmel: “In this spirit, Abraham Linconn, when criticized for the unnaturalness’ of his magnanimity toward his enemies, responded that he has destroyed his enemies by makin them into his friends” SCHIMMEL, S. *Wounds note healed by time: the power of repentance and forgiveness*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 19. Bien es cierto, sin embargo, que ello aparece desde los consejos de Séneca a Nerón. Véase, adelante, 6.7.

⁵⁷ Sobre el tema en Braithwaite, véanse, adelante, 6.8.2 y 7.7.

organizaciones criminales, las big companies son más poderosas que el enforcement del Estado, con lo cual los mecanismos de *enforced self-regulation*⁵⁸ surgen, en un principio, como un modo de convivencia entre empresa y Estado, aunque motivados por una situación de necesidad, ante el poder de la empresa que supera los mecanismos de aplicación del derecho penal. Esto es especialmente cierto en el caso de *companies* de carácter transnacional que son *too big to prosecute*, como ocurre con las grandes organizaciones criminales, particularmente en Latinoamérica⁵⁹.

En este sentido, existen, en el derecho de combate que aquí se plantea, algunas premisas comunes con el Derecho Penal del Enemigo, pero no son numerosas. Sin embargo, la locución "derecho de combate" aparecerá en este análisis como una forma de enfrentar el fenómeno de las organizaciones criminales desde una perspectiva positiva. Profundizar en el estudio del *Feindstrafrecht* implicaría un desvío del tema, además de una repetición redundante y poco útil de numerosas obras de la literatura latino-germánica que abordan esta cuestión. No obstante, las visiones de Luhmann y Jakobs serán imprescindibles en el análisis de la función del derecho y de la sanción penal⁶⁰.

En los capítulos siguientes se demostrará que existe una situación de lucha o *combate*, como ya había señalado Jakobs, en las leyes internacionales, especialmente en lo relativo a la criminalidad organizada, que es un tema nuclear en la delación premiada. Así, se distingue entre la situación de Combate (*Kampf*) y la situación de Guerra (*Krieg*,

⁵⁸ Véase, adelante, 7.7.

⁵⁹ Sobre el tema, entre otros, el ya clásico GARRET, que presenta la transición del "too big to prosecute" para el 'too big to jail'. Como ejemplo, recordamos que el poder de las empresas es tan grande que consiguen hacer contra-ataque a instrumentos clásicos del compliance como el whistleblowing. GARRET cuenta que: "*Whistle-blowers are not usually welcomed with open arms by their bosses. 'Usually, whistle-blowers get fired. Sometimes, they may be reinstated. Almost always, their experiences are traumatic, and their careers and lives are profoundly affected'*" (GARRETT, B. L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014, p. 225). De manera mucho más detallada, Laufer se refiere a: "*Those firms that, in a climate of fear over heightened regulatory oversight, simply terminate those agents who raise even the slightest doubts about its ethicality or good governance*" (LAUFER, W. S. *Corporate Bodies and Guilty Minds: the Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 2006, p. 116). Sin embargo, es más minucioso al construir la figura del *Reverse-Whistle-Blowing (RWB)*, que introduce a partir de una consideración muy cercana a al tema de esta monografía: "*Those who express concern over this new age of corporate government cooperation reflect on the changing direction of management allegiances in an organization where the loyalties of corporate counsel, outside counsel, and prosecutors continue to converge (...) Freedom from self-incrimination and rights of confidentiality are being increasingly sacrificed in the name of efficient law enforcement. (...) Should evidence of employee wrongdoing be offered freely to government investigators and regulators in crafting a deal?*" (*Idem*, p. 139). Cabe señalar cómo, en Laufer, no es una cultura de no traición o una ética individual la que se impone a la delación, sino los objetivos intereses de preservación de la empresa. Son estos los que ponen en entredicho la política de delación dentro de la corporación. De todos modos, estamos delante de acciones positivas para intentar hacer que el Estado intente garantizar su poder frente a grandes organizaciones.

⁶⁰ Véase, adelante, 3.3.3.2.1.

war). La situación de combate está vigente y exige instrumentos específicos dentro del derecho interno, lo que implica una flexibilización de las garantías conocidas, y eso parece ser ya un consenso entre los penalistas, con lo cual, aunque muchas veces no se admita directamente, en los casos de terrorismo y de criminalidad organizada la situación de combate, sin necesitar referirse a ‘enemigo’, se ha normalizado⁶¹. La delación es uno de esos instrumentos, orientado hacia un sentido positivo, premial; el hecho de que sea positivo no implica que desaparezca esa flexibilización de garantías, inherente a toda situación extrema y excepcional, como se explicará en su momento.

Como nomenclatura, sin embargo, la existencia de un derecho de combate resulta suficiente y, como ha hecho notar Jakobs, frente a leyes que se autodenominan de combate a la criminalidad organizada, el nombre ya no es novedad. Además, ante realidades como la lucha contra el terrorismo en Europa o el narcotráfico en Latinoamérica, es algo casi intuitivo. Así, Ferrajoli, significado defensor en el mundo latino del garantismo penal, denomina las medidas contra el terrorismo como “respuestas de guerra”. Con todo ello, utilizar el nombre de ‘Derecho de Combate’, cuando se trata de medidas que rompen el núcleo liberal-garantista del derecho penal para alcanzar el estado actual de las leyes de inspiración utilitarista, es un elemento funcional para este texto, pero no es una novedad en su origen⁶².

⁶¹ En *Manual*, es decir, con carácter general y sin gran margen para controversias, Silva Sánchez actualmente es uno de los que normaliza la situación de combate, bajo la interesante denominación de ‘Excepción Permanente’. De modo paralelo a lo que aquí se sostiene, Silva no admite un *jus in bello*, pero reconoce un matiz entre la verticalidad del derecho penal y la horizontalidad de la guerra. En esta tesis llamamos ‘derecho de combate’ a lo que Silva prefiere denominar, en esa ‘excepción permanente’, como ‘relación asimétrica’. En sus palabras: “Los hechos de terrorismo y de criminalidad organizada internacional, así como la reacción estatal contra ellos, constituyen un ámbito particular. En efecto, a ellos les es inherente el cuestionamiento objetivo del propio orden del Estado, en su dimensión política o económica. Así, a diferencia del delincuente ordinario, que solo pretende obtener una excepción a la aplicación de una regla cuya vigencia reconoce, quienes realizan conductas terroristas o de criminalidad organizada pretenden establecer una nueva regla general. Pues bien, la relación del Estado con estas organizaciones no tiene el carácter horizontal, de igualdad entre los contendientes, que es propio de la guerra. Además, a diferencia de lo que sucede en los conflictos armados internacionales o internos, las conductas de estos sujetos tampoco respetan las reglas del Derecho internacional humanitario. Por tanto, no son bélicas en el sentido jurídico. Sin embargo, en ellas tampoco existe una verticalidad plena, como la que es propia de la relación jurídico-penal entre el Estado y las personas que viven de modo ordinario en su territorio. A estas situaciones intermedias de muy diversa naturaleza se puede hacer alusión con la expresión iusinternacionalista de los ‘conflictos asimétricos’.” SILVA SÁNCHEZ, J.M, *Derecho Penal: parte general*, Madrid: Civitas, 2025, p. 167.

⁶² Aquí no se comparte la posición de Ferrajoli por la cual la respuesta al terrorismo se encuentra “fuera de la ley”, pero hay que reconocer que su observación es precisa al señalar que se trata de una situación excepcional, de guerra (aquí se usa combate, reservando la guerra al extrajurídico) y, principalmente, que es necesario evitar que una situación de emergencia se utilice como excusa para naturalizar el derecho de combate. En sus palabras: “Em todo o caso, uma vez aberto o caminho da emergência como necessário para a defesa do Estado (contra o terrorismo e contra si mesmo), dever-se-ia ao menos ter a coragem e a honestidade de admitir que tal resposta ao perigo subversivo era uma resposta fora da lei, **como são sempre**

Una situación de combate, especialmente frente a la delincuencia organizada, no es difícil de aceptar y no necesariamente implica identificar un enemigo y luego negarle sus derechos como ciudadano. Puede asumirse un nuevo derecho que, en situaciones excepcionales, ofrezca una recompensa al individuo que, aunque con ciertos desvíos éticos, colabora con el Estado en esa situación de lucha.

El hecho de que la forma en que el Estado afronta ese combate resulte positiva para el ciudadano, es decir, que se concrete en una disminución de la pena para su nuevo aliado, el delator, no otorga automáticamente legitimidad a las figuras premiales, pues subsisten los problemas de desequilibrio sistémico⁶³. De este modo, buscar la legitimidad de la delación dentro de un derecho de combate es el objetivo de esta monografía.

1.6 La naturaleza de la delación: derecho material

Es bastante comprensible que la mayoría de lo que se escribe a día de hoy sobre *delación premiada*, especialmente en los países en que ya existen leyes para su amplia aplicación, como Brasil, Colombia o Argentina, venga de la pena de autores más versados en el estudio del derecho procesal. Al final, con la ley en vigor, son los mecanismos para su aplicación los que más demandan comprensión.

Sin embargo, la naturaleza de la *delación* es de derecho material. La afirmación de que se trataría de un instrumento procesal con efectos en el derecho penal implica no solo una inversión jerárquica, que aquí importa menos, sino también una subversión de la lógica de causa y efecto. Al final, si la función del derecho adjetivo es crear reglas para aplicar el derecho sustantivo, solo este puede dictaminar los momentos en que deja de existir la obligación de aplicar pena. Para el estudioso del derecho, resulta inmediato

as respostas de guerra, para não corromper desta maneira os princípios garantistas do direito penal, que é essencialmente um **instrumento de paz**. Vice-versa, a tese dominante no mundo político e na cultura jurídica é que o Estado de direito e as garantias foram plenamente respeitadas e o Direito penal de exceção é perfeitamente coerente com a Constituição.” FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do Garantismo penal*, SP: RT, 2006, p. 768

⁶³ Así, analizando la amnistía, afirma Lascuraín: “El principio de igualdad rige del mismo modo para las normas penalizadoras que para las normas despenalizadoras, pues una situación se puede desigualar perjudicando o privilegiando, penando o despenalizando. Tan discriminatoria es la norma que sanciona más a los homicidas de una determinada raza que la que atenúa la pena para los homicidas de las demás razas” LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (sobre los límites de la amnistía), *Revista digital de la maestría en ciencias penales-UCR*, número 5, 2013, p. 236

comprender que la verdadera ubicación del instituto tiene efectos prácticos⁶⁴. Lo que tal vez no esté suficientemente documentado es que esos efectos ya se han manifestado en la hermenéutica, lo que hace imprescindible tomar posición y demostrarlo a partir del siguiente subtítulo.

Comprobar esa naturaleza penal no es aquí una mera cuestión epistemológica, de estudio: implica entender la lógica y los límites del premio al *delator*, al tiempo que evita el gran riesgo de que la justicia premial o negociada anule la garantía de proporcionalidad entre pena y delito, al resolverse en una negociación pautada por conveniencia casuística.

Tal vez sea útil, empero, la alerta introductoria de que la naturaleza de un instituto no puede medirse por una escala cuantitativa. En lo que ahora nos ocupa, parece evidente que todas las condiciones (y hasta las eventuales alternativas) de negociación de la pena deben ser transferidas, cuando existan, a la legislación adjetiva, procesal. Así, al abordar la justicia negociada, el momento y la forma de realizar dicha negociación deben aparecer detalladamente en el derecho adjetivo. De ahí que, del mismo modo que ocurre con otros institutos como la prescripción, los indultos o las amnistías, es muy probable que el derecho adjetivo se ocupe, con sus valiosos principios, de pormenorizarlos, por ejemplo, para confeccionar una ley en que las reducciones o anulaciones de la pena puedan aplicarse.

Además, la respuesta a la pregunta que la filosofía plantea casi de manera intuitiva cuando se trata de un *delator* también debe abordarse en el campo del derecho procesal: ¿qué credibilidad merece la palabra de un *delator* en términos de valoración probatoria⁶⁵? ¿Qué pruebas, más allá de su testimonio, debe aportar para que sus declaraciones resulten creíbles o, previamente, para que la fiscalía considere mínimamente viable negociar un

⁶⁴ Es lo que ocurre con Iglesias Río. Hace ya 20 años, auguraba que la apropiación del tema por parte del derecho adjetivo traería problemas de legitimación al instituto. En sus palabras: “De hecho, el rasgo más criticable que afecta a la institución del arrepentido es su pérdida de perfil estrictamente jurídico penal sustantivo, lo que le deja ante serias carencias de legitimación y, por el contrario, su inserción en el proceso penal con un protagonismo excesivo en un ámbito -como el probatorio- especialmente delicado” IGLESIAS RÍO, M. A., *La dudosa legitimación de la figura del lelincente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal*, www.datadiar.com, 31-01-05, p. 14

⁶⁵ La pregunta adquiere sentido, aunque se afirme, como en la legislación brasileña, que la *delación* no es una prueba, sino un “medio de obtención de prueba”. Esto implicaría, sencillamente, asumir que su valor probatorio es equivalente a cero. Sin embargo, en la práctica, resulta difícil aceptar que cualquier declaración carezca por completo de valor cuando se presenta con detalles. Si así fuera, no se requerirían continuas declaraciones del *delator*. Desde el punto de vista aquí adoptado, la afirmación de que la *delación* no constituye prueba, sino un medio para obtenerla, no deja de ser otro eufemismo. Ese valor, al menos por ahora, no es objeto del presente estudio.

acuerdo de *delación*?⁶⁶ Si a ello se suman todos los ritos formales que garantizan la legalidad y la libertad del acto de *delación*, junto con los momentos procesales en que debe ser admitida, definidos en función de una escala de progresión hasta la prolación de la sentencia⁶⁷, el modo válido de declarar la *delación*, los momentos en que los eventuales delatados pueden impugnar el acuerdo, entre tantos otros aspectos, resulta evidente que el proceso penal concentra la mayor parte de las respuestas necesarias para aplicar la *delación premiada*. Sin embargo, el hecho de que el derecho procesal contemple un gran número de respuestas no implica necesariamente que la naturaleza del instituto sea procesal⁶⁸.

En la posición aquí defendida, es bastante claro que la *delación premiada* es, dentro del sistema vigente, elemento de derecho penal material. Su pertenencia dogmática a la categoría de punibilidad, como mecanismo de la política criminal, será objeto de análisis en momento posterior.

⁶⁶ Nótese aquí que hay dos elementos claramente diferenciados. Por un lado, en los autos se encuentran los indicios necesarios para determinar qué es lo que se requiere en la hipótesis persecutoria, que se comentará en otro momento. Por otro, es preciso evaluar en qué medida esa colaboración equivale a la reducción de la pena o, dicho de otro modo, cuánta pena puede ser condonada en función del grado de colaboración del reo para la consecución de los objetivos prefijados por la acusación. Esta segunda cuestión, relativa a la valoración de la reducción o anulación de la pena, pertenece evidentemente al ámbito del derecho penal material.

⁶⁷ Aquí, una vez más, si en la *delación* se adopta una escala de valores en función del riesgo dentro de un proceso de decisión, será el derecho procesal el encargado de determinar esa escala de progresión hasta la conclusión del proceso. Sin embargo, la escala de valores será siempre una cuestión de derecho sustantivo, ya que establece una equivalencia entre el desvalor de la acción típica, el *quantum* de valor práctico de la *delación* y el riesgo asumido por el reo en el momento de delatar.

⁶⁸ Así, por ejemplo, escritores importantes sobre el tema propenden a incorporar al sistema de *delación* la esfera procesal. Véase, por ejemplo, el mismo Ortiz Pradillo, en excelente obra sobre el tema: “estimamos que la verdadera naturaleza jurídica de incentivar la *delación* y la colaboración con la justicia es esencialmente procesal, pues se trata de un instrumento de política criminal que desplegará su campo de actuación en el “Proceso” y no tanto en la “pena”. ORTIZ PRADILLO, J. C. *Los delatores...*, cit., 2018, p. 54. De esa posición, plasmada incluso en algunas leyes, discrepamos directamente, ya que cualquier regla que permita disminuir la pena prevista al delito es de naturaleza material, aunque sea más detallada en la legislación procesal. Tal y como ocurre con el instituto de la prescripción o, en España, la atenuación por dilaciones indebidas (art. 21.6 del Código Penal Español, a partir del artículo 24.2 CE), el hecho de que ocurra dentro del proceso no transforma la pena en un mero accesorio. Ella, en nuestro sistema, tiene de estar prevista en el propio Código Penal, el único que puede autorizar la renuncia al poder-deber de castigar el hecho típico, en la figura de la punibilidad.

1.6.1 Las principales legislaciones de delación en América Latina

La mejor forma de demostrar la naturaleza penal del instituto es a través de la contradicción o la falseabilidad, es decir, examinando cómo la *delación* ha sido introducida en las legislaciones contemporáneas de distintos países. Aquellos que la han implementado como una simple forma de negociación procesal o bien han reconocido su naturaleza material, o bien han mantenido contradicciones que evidencian esa misma esencia sustantiva del instituto, aunque no se la reconozca explícitamente.

Se seleccionan, por tanto, casos paradigmáticos de América Latina, con sus respectivas consecuencias. Brasil, Colombia y Argentina ofrecen soluciones distintas, mientras que otros ordenamientos alcanzan posiciones muy similares.

Esto también facilita la delimitación de un eje para la exposición necesaria de las leyes latinoamericanas: su núcleo y su lugar dentro del ordenamiento. Se presentarán únicamente los artículos de cada legislación que guarden relación, aunque sea de manera circunstancial, con la naturaleza del instituto. En etapas posteriores, cuando el análisis ya no sea introductorio, podrán destacarse fragmentos específicos de las legislaciones en función de la oportunidad temática.

1.6.1.2 El caso brasileño

El caso brasileño adquiere mayor relevancia, además de los motivos expuestos en el método general. El método brasileño respecto al reconocimiento de la **plea bargain** es bifásico e involucra, en la segunda fase, intereses políticos muy alejados de la técnica jurídica, lo que ha dado lugar a interpretaciones absurdas que no se sostienen en términos lógicos. El caso es ilustrativo porque conocer sus idas y venidas puede evitar que otras legislaciones cometan los mismos errores, siempre teniendo en cuenta que se trata de un proceso aún en desarrollo. Así justificamos, en un meta-análisis de este texto, la razón por la cual el caso de Brasil ocupará más líneas en el presente capítulo, además de que aparezcan elementos fácticos, que intentaremos reducir al mínimo. Un mínimo que no perjudique la importante comprensión del proceso que culminó en las contradicciones, las cuales son imprescindibles para este tema.

1.6.1.2.1 La división de la ley mixta: el *plea bargaining* como penal

La primera solución brasileña no tuvo lugar necesariamente con la delación premiada, sino con un inicio de justicia negociada. Aunque de sencilla solución jurídica, la comprensión del método resolutivo requiere algunas consideraciones contextuales.

En el año 1995, Brasil inauguró las primeras medidas de justicia negociada. Se trata de la ley 9.099/95, que creó los juzados especiais criminais (juicios especiales). Su propuesta, muy exitosa, consistía en un cambio en la administración de la justicia penal, en lo que respecta a los delitos menores, a través de las denominadas “medidas despenalizadoras”.

Para comprenderlo mejor, se presentan algunos antecedentes. En primer lugar, la Carta Magna brasileña, promulgada en 1988 para restablecer la democracia tras 20 años de dictadura militar, se caracterizó por ser muy detallada en la construcción del nuevo pacto social. En ese sentido, en su apartado dedicado a la estructura del Poder Judicial, se determinó la creación de tribunales específicos para delitos de ‘menor potencial ofensivo’⁶⁹, en los cuales se aplicaría la ‘conciliación’ y la ‘transacción’, como una clara indicación de la necesidad de innovar hacia una justicia penal consensuada.

Era también la época de las Reglas de Tokio, que inspiraron a muchos a poner fin a las penas de prisión⁷⁰. A partir de los años 1990, numerosos penalistas, con el documento de la Resolución 45/110 de la Asamblea General de la ONU en mano⁷¹, empezaron a presionar para la adopción de medidas alternativas y la aplicación de criterios de oportunidad en delitos de menor gravedad, con el objetivo de evitar lo que se repetía como “encarcelamiento masivo”⁷². Una importante legislación de 1994, por ejemplo, modificó el art. 44 del Código Penal para ampliar significativamente el alcance

⁶⁹ Se trata del artículo 98, I, de la Constitución: - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

⁷⁰ Como un péndulo, por cierto, se cambió esa tendencia cuando surge la ley de delitos organizados: la cárcel a los *White collar crimes* pasa a ser el símbolo más evidente de evolución social.

⁷¹ “As regras de Toquio apresentam os seguintes objetivos fundamentais: promover o emprego de medidas não privativas de liberdade, assegurar as garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão, promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça penal e muito especialmente no tratamento do delinquente, estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade” CAMPOS, T. B. *Das Penas Privativas de Liberdade às Penas Alternativa*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 213.

⁷² Eso, se sabe, fue un movimiento mundial, que implicó grandes cambios en Iberoamérica.

de las medidas alternativas a la prisión, antes restringidas a la multa. Esa misma filosofía impulsó a los grupos de procesalistas brasileños a implementar la justicia negociada, aunque restringida a casos de menor gravedad. Por ello, la ley 9.099/95 estableció, entre otras reformas en el procedimiento, las ya mencionadas ‘medidas despenalizadoras’, basadas casi todas en supuestos de justicia negociada y en la conformidad en el proceso. Estas medidas son cuatro, y siguen vigentes:

1) La primera medida era la posibilidad de composición civil, es decir, un acuerdo entre las partes autora y querellada. Se trata del acuerdo que se hace directamente con la víctima, cuando el delito sea de iniciativa privada⁷³, o sea, en los delitos cuya persecución no sea competencia del Ministerio Público, sino del particular⁷⁴. O, también, en los casos en que la acción penal dependa de la representación del ofendido, una autorización de la víctima o de su representante para que la Fiscalía (en Brasil llamado “Ministério Público”) promueva los cargos⁷⁵.

A diferencia del proceso penal de la mayoría de los países latinoamericanos, la posibilidad de acciones de iniciativa privada era amplia en la legislación brasileña. Lo que hizo la ley 9.099/95 fue autorizar que el Poder Judicial promoviera la negociación entre las partes en el ámbito de la reparación civil, y con ello obligara a que la acción penal se extinguiera. De todos modos, la medida de 1995 está muy cercana a lo que hizo,

⁷³ Aquí se adopta la técnica de algunos autores del Proceso Penal brasileño, que siempre se rehusaron a hablar de “acción penal privada” en los presupuestos en que los cargos sean promocionados por el particular. Eso porque, aunque sea el particular que mueva la demanda, el derecho a perseguir y punir es siempre del Estado.

⁷⁴ Al contrario de Colombia, que la entrada en vigor de la acción penal privada se inició en 2011, estando antes siempre bajo iniciativa del Estado exclusivamente, la iniciativa privada para acciones penales en Brasil en crímenes de interés personal directo, como los delitos contra el honor es ya tradicional.

⁷⁵ Claro que el concepto de “víctima” o de “ofendido” siempre será discutible, porque el delito afecta a toda la sociedad, y restringir el acuerdo a las víctimas directas del delito puede ser algo imprudente. Por ello, loable es la sentencia C-516, de 2017, de la Corte Constitucional de Colombia, que declaró inconstitucional la expresión del artículo 132 de la Ley 906, para restringir la acción penal a las “víctimas directas”. Estableció la diferencia entre lo que es el calificativo de “directo” a partir de la relación de imputación/causalidad y lo que es la teoría del daño. Magistral la decisión: *“En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo.”*

en Colombia⁷⁶, el acto legislativo 06 de 2011, que añadió un párrafo al artículo 250 de la Constitución, para posibilitar “el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación”, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y a la menor lesividad de la conducta punible. En Brasil, tradicionalmente, son los delitos contra el honor los que conllevan la posibilidad u obligatoriedad de que la acción penal sea de iniciativa privada. En cualquier caso, es un supuesto de participación de la víctima en el proceso y de extinción de cargos mediante consenso: víctima e imputado deben ponerse de acuerdo para que se extinga la punibilidad, tal como expresamente prevé el art. 74 de la ley brasileña de 1995.

Como se trata de la decisión absoluta de no ejercer la acción penal por elección de la víctima (que se entiende satisfecha por la reparación civil), la ley no limita el número de veces que el autor puede beneficiarse de este tipo de negociación, por lo cual no se genera ningún registro para efectos criminales. Cuantas veces sea posible, en delitos de acción privada o condicionada a la iniciativa de la víctima, realizar dicha composición civil, el autor se librará, en audiencia, de las sanciones por su delito.

Si bien es cierto que la ley exige la homologación del juez, se trata de un derecho subjetivo tanto del autor del presunto delito⁷⁷ como de la propia víctima. Esta última también se beneficia de la medida despenalizadora, ya que, sin necesidad de buscar la reparación de daños directamente en la esfera civil, la ley penal propicia este momento bajo la coacción de un cargo penal.

La distorsión de este instituto no es difícil de identificar, ya que reaparece en todos aquellos casos en que la justicia consensuada implica una indemnización directa: se manifiesta así la desigualdad entre, por un lado, quienes cuentan con recursos económicos para proponer acuerdos satisfactorios y, por otro, aquellos que no pueden evitar la persecución penal por no disponer de medios suficientes para presentar una oferta económica aceptable para la víctima. En los primeros tiempos de la ley⁷⁸, la preocupación

⁷⁶ Chaves Peña interpreta que “Sin embargo, dicha reforma constitucional también le otorgó al ente acusador la posibilidad de renunciar a la persecución penal, dando de esta manera raigambre constitucional a un principio de oportunidad”. CHAVES PEÑA, E. M. La acción Penal privada y su implementación en Colombia. *Revista VialJuris*, n. 14, p. 167-185, 2013, p. 172.

⁷⁷ Véase que, posteriormente, en caso de delación premiada, se discutirá su cabida como “derecho subjetivo”. La tesis, sin embargo, será rechazada, aunque muy plausible. Véase, adelante, 8.8.1.

⁷⁸ De ese modo, los autores de la ley, en el libro con sus comentarios, alertaban que “todo cuidado há de ser tomado com relação ao autor do fato que não tenha condições de celebrar a transação civil. Nesse caso (...) caberá ao juiz buscar formas alternativas, como, por exemplo, o desconto em folha de pagamento. Tudo, enfim, no sentido de não criar desigualdades com relação ao envolvido não abonado

principal era no dejar de propiciar la despenalización para los acusados desfavorecidos. Sin embargo, esa inquietud ha evolucionado: en la actualidad, una preocupación aún más grave es determinar si el individuo adinerado utiliza su poder económico para mantenerse perpetuamente fuera del alcance de la ley penal.

En otro plano, con el paso de las décadas, el legislador ha prestado especial atención a la existencia de posibles vicios del consentimiento que perjudiquen a la víctima. Es natural, por ejemplo, que en la Ley de Violencia de Género (Ley 11.340) se preste especial atención a este tipo de acuerdo, considerando las peculiares circunstancias en que puede producirse el consentimiento de la mujer agredida⁷⁹. Por ello, se establece que la renuncia a la autorización para que la fiscalía promueva la acción penal solo puede formularse en una audiencia específica ante el juez penal.

Los cambios culturales, que poco a poco han dejado atrás la concepción de despenalización vigente en las Reglas de Tokio, son hoy en día claramente visibles.

(2) La segunda medida de la ley de 1995 es la aplicación inmediata de una pena alternativa⁸⁰, es decir, la aplicación sin proceso de una pena restrictiva de derechos o multa. Así descrita, se aproxima mucho a la figura de los allanamientos a cargos o el guilty plea norteamericano, aunque existen algunas diferencias: los objetivos de la ley 9.099/95 eran sencillamente disminuir o eliminar la pena para delitos de menor potencial ofensivo, y por ello había una serie de precauciones para que, a diferencia del guilty plea, el ofensor no se declarara culpable, aunque recibiera una pena. Es casi un oxímoron, pero el hecho es que la figura procesal está prevista de esa manera hasta hoy: el reo no se declara culpable y, aun así, recibe una sanción. De momento, lo más relevante es notar que no se trata de un supuesto de autodelación.

El primer escollo para lograr que quien sería penado no se declarara culpable era lingüístico: no se podría denominar ‘condenado’ ni ‘reo’ a quien renunció a su derecho de defensa para recibir directamente la pena, por lo que la ley optó por denominarlo, con gran vaguedad, como “autor de los hechos” (en portugués, ‘autor do fato’). No resuelve

financeiramente”. GRINOVER, A. P.; *et. al. Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099/95*. São Paulo: RT, 2005, p. 146.

⁷⁹ Así está el artículo 16 de la Ley 11.340, conocida como “Lei Maria da Penha”, que trata de violencia de género: “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”.

⁸⁰ Es el artículo 76 de la ley 9.099/95: “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

el problema de la asunción de culpabilidad, pero al menos crea una forma utilitarista de denominación. El segundo escollo era más fácil de resolver: la ley determinó que la aceptación de la pena no tiene efectos civiles (es decir, no implica responsabilidad o culpabilidad a efecto de indemnización), no consta en los antecedentes criminales ni genera reincidencia. Sin embargo, restringió el beneficio a que solo pudiera concederse nuevamente en los cinco años subsiguientes, lo que obligó al Poder Judicial a generar un archivo no accesible a los ciudadanos⁸¹ con el registro de aquellos que se habían beneficiado de esta pena sin asunción de culpabilidad.

Los puntos débiles de esta figura son evidentes: al recibir la pena directamente, lo que parece un beneficio en realidad puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa del ciudadano⁸².

(3) Otra medida de la ley 9.099/95 fue que los delitos de lesiones corporales leves o culposas pasaron a depender de la autorización de la víctima al Ministerio Público para este que inicie la acción penal⁸³.

(4) La cuarta medida fue la más impactante y la que más se acerca a lo que es el allanamiento a cargos o el *guilty plea* norteamericano, mezclado con el instituto de la *probation*. Es la figura de justicia negociada que en Brasil se denominó “suspensión condicional del proceso”. Es un modo de someter al acusado⁸⁴, ya con sus cargos formalizados por la fiscalía, a un período probatorio, al final del cual, si se cumplen las condiciones, se extingue la punibilidad⁸⁵, lo que obliga a poner fin al proceso penal. Este instituto merece algunos comentarios más profundos.

Se trata de la posibilidad de aplicar la suspensión del proceso penal para delitos cuya pena mínima prevista no sea superior a un año. En estos supuestos, sumados a otras condiciones subjetivas, el juez puede conceder la suspensión del proceso, por 2 a 4 años, imponiendo condiciones objetivas a cumplirse, como la reparación del daño o la

⁸¹ Art. 76 § 4º: Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

⁸² Esa negociación, como se dirá adelante, ya empieza a sustituirse por una nueva especie de negociación, que se introdujo en el Código procesal penal en fines del 2019.

⁸³ Ley 11.705/2008, que modificó el “Código de Tránsito” brasileño (Ley 9.503/1997).

⁸⁴ Aquí se denomina de “acusado” y no de “autor de la infracción”, porque, en esa fase, ya hubo la presentación de cargos por la Fiscalía, con lo cual hay un proceso penal en curso.

⁸⁵ Aquí se denomina de “acusado” y no de “autor de la infracción”, porque, en esa fase, ya hubo la presentación de cargos por la Fiscalía, con lo cual hay un proceso penal en curso.

prohibición de ausentarse de la ciudad sin previa comunicación al juez. La suspensión, desde luego, depende de la aceptación por parte del acusado y de su defensor.

La idea de que no se asuma culpabilidad aleja este instituto brasileño de lo que es la *probation* norteamericana. Esa figura en Estados Unidos exige una condena previa, que no existe en este caso: la suspensión existe precisamente para evitar la condena, por extinción previa de la punibilidad. Tampoco es un allanamiento a cargos, porque, aunque haya un consenso sobre las condiciones a cumplir, el acusado no acepta los cargos, ya que no se forma culpabilidad. En la práctica, es cierto que las condiciones que deben cumplirse para obtener la extinción del proceso son muy parecidas a las penas no privativas de libertad que existen en el sistema brasileño, como la multa, las llamadas “limitaciones de fin de semana”⁸⁶, la reparación del daño directamente a la víctima, entre otras. Lo que no existe, a diferencia del *guilty plea*, es la aceptación de la culpabilidad. Por lo tanto, y en algo que nos interesa bastante, tampoco existe la confesión.

Muy al estilo brasileño, la doctrina nacional, al no identificar todos los requisitos para un verdadero principio de oportunidad, optó por decir que la ley 9.099/95 introducía un principio de “discrecionalidad regulada” en el proceso penal, o un principio de “legalidad mitigada”. Sin embargo, aunque no se identificara plenamente con el ejercicio completo de un criterio de oportunidad acusatoria, fue un avance significativo en términos de justicia consensuada. El mero hecho de que se pusieran de acuerdo acusación y defensa permitió la efectividad del principio de oralidad y celeridad en el proceso, y sirvió como ensayo para los diálogos que, posteriormente – aunque con enormes diferencias – se plasmarían en los acuerdos de delación premiada.

La principal ventaja del instituto fue disminuir en gran medida el número de demandas penales y, principalmente, las penas de prisión. En ese sentido, representó un avance importante para reducir el castigo, especialmente en un país donde el sistema carcelario es evidentemente inhumano y no cuenta con las condiciones necesarias para seleccionar y separar a los condenados según distintos grados de peligrosidad. Otra cuestión, más procesal, está en lo que en estos momentos también se nota en Europa: las malas condiciones de negociación y el interés del Estado en dejar de cumplir su deber de jurisdicción, en el que está contenido el derecho a una defensa amplia, crean anomalías en el ejercicio de las conformidades procesales. Aquello que en Brasil se identificó como

⁸⁶ Artículo 43 del Código Penal Brasileiro.

“injusticia célere”, que es la “peor forma de denegación de la justicia”⁸⁷, y que la doctrina española identificó como el surgimiento del inocente conformado, aquel que acepta un cargo injusto, entre otros motivos, porque “no quiere arrostrar las cargas asociadas directamente a la pendencia del propio proceso”⁸⁸, lo que es más común en países con menor estructura económica⁸⁹.

Para el presente estudio, la consecuencia más práctica fue la de forzar a la doctrina y la jurisprudencia a pronunciarse sobre las consecuencias penales de estas leyes, que se intitulaban procesales, simplemente porque reglaban la justicia negociada o consensuada.

1.6.1.2.2 Sigue: el análisis constitucional de la norma mixta

La ley 9.099/95 tuvo que ser sometida a análisis del Supremo Tribunal Federal (STF), que en Brasil cumple la función de Tribunal Constitucional, precisamente para cuestionar la naturaleza procesal, mixta o penal de la norma. Específicamente, se trataba de su artículo 90, que enunciaba que “*Las disposiciones de esta ley no se aplican a los procesos penales cuya instrucción ya se haya iniciado*”⁹⁰.

Los autores de la ley, que al principio confiaban mucho en su carácter vanguardista, por tratar cuestiones de oportunidad (aunque regulada) y de reglas procedimentales que permitían la justicia consensuada, incluyeron, en sus artículos finales, esta disposición tan común en las normas adjetivas: que sus reglas solo se aplican a los procesos penales que se inauguren a partir de la entrada en vigencia de la ley. Los procesos ya iniciados, decía la ley, seguirían hasta su fin bajo el rito anterior. Una simple cuestión de los efectos de la ley adjetiva en el tiempo.

⁸⁷ La creación de la locución “injusticia célere” para las conformidades en Brasil se debe a Reale Jr: REALE JR. M., Valores fundamentais da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, SP, v. 24, n.75, p. 78-82

⁸⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., GASCÓN INCHAUSTI, F., ¿Por qué se conforman los inocentes? *Indret*, 3/2018, Barcelona, julio de 2018, p. 16

⁸⁹ Tomás-Valiente Lanuza también pone de manifiesto las razones económicas que conducen a conformidad del reo, no necesariamente culpable. Véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Justicia negociada... cit. p. 206. Igualmente, Ferrajoli, sobre la justicia negociada, afirmará que el ejercicio de la defensa amplia estará “reservada aos imputados imbuídos de maior coragem, ou que possam bancar defesas custosas, mas, também, àqueles quanto tenham a desfortuna de encontrar um Ministério Público não disposto a negociar”. FERRAJOLI. L. *Garantismo*... cit. p. 693. También Nicolás Rodríguez y Renato Souza identifican, a partir de Estados Unidos, la “confesión – falsa – de inocentes y el peaje por decidir defenderse en el proceso”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., SOUZA, R.M. *Justicia Negociada y personas jurídicas: La ‘modernización’ de los sistemas penales en clave norteamericana*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 213

⁹⁰ En el texto original: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

Sin embargo, la ley no solo trataba cuestiones rituales o de posibilidades procesales, como se expuso en el recurso que la Suprema Corte de Brasil (STF) fue llamada a decidir. Una así dicha “acción directa de inconstitucionalidad (ADIN)” alegó que la ley debía retrotraer sus efectos a todos los casos, incluso los ya decididos. Esto se argumentó porque la norma, aunque regulaba trámites procedimentales o se autodenominaba ‘procesal’, tenía naturaleza penal: al definir medidas que posibilitan la no aplicación de penas, estaba interviniendo directamente en el derecho penal material. Si así era, continuaba el fallo, debían aplicarse las reglas generales del derecho penal sustantivo, entre las cuales se encuentra la retroactividad de las normas penales más beneficiosas para el reo. El STF brasileño tuvo que aclarar lo que la ley omitía: la división entre sus disposiciones exclusivamente procesales y aquellas de naturaleza penal material. A estas últimas, se les otorgó retroactividad, a pesar de lo que enunciaba la ley.

El texto de la decisión, como solía ocurrir en la redacción de aquella época, era escueto:

“Não há dúvida da relevância da fundamentação do pedido de liminar no tocante a que o disposto no art. 90 da Lei 9.099 de 26.09.95 só se aplica às normas estritamente processuais desse Diploma Legal, não alcançado as de conteúdo penal, em virtude do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (Art. 5º, XL, da Carta Magna)”.⁹¹

En los años 1990, cuando aún no se había inaugurado la *peer pressure* por implementar la delación, aunque sí existía el ideal de medidas despenalizadoras, la solución era sintética: aunque la ley se definía como procesal, al tocar la disminución de la pena, su naturaleza es sustantiva. Y, en ese punto en que es sustantiva, son aplicables las garantías del derecho penal, como la retroactividad beneficiosa⁹².

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1719-5/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 03 dez. 97. Disponible en: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur6104/false>.

⁹² En España, recientemente ocurrió algo análogo, en términos mucho más cercanos a la delación. La Audiencia Nacional dictó sentencia condenatoria a doce personas por componer un cartel para la adjudicación de contratos con la Administración en materia de lucha contra incendios. El tribunal decidió aplicarles el perdón, en calidad de colaboradores con la justicia, conforme al artículo 262.3 del Código Penal, de manera retroactiva. Esto se debe a que, en el año 2014, cuando el delator denunció el cartel ante la justicia, la excusa absolutoria aún no estaba vigente. Se ha aceptado la retroactividad como **norma penal favorable**: “Aun cuando dicha reforma entró en vigor el 22 de enero de 2023, y los hechos objeto de enjuiciamiento se cometieron entre 1999 y 2018, no plantea dudas su aplicación retroactiva como norma penal favorable, pues así lo dispone expresamente la Disposición Transitoria 1ª de la LO 14/2022, lo que es acorde con el art. 2.2 del Código Penal”. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, SAN 138/2025, 05 de febrero, Ponente María Fernanda García Pérez.

En España, el instituto es bastante cercano a lo que determina el artículo 84 del Código Penal⁹³, aunque se refiere a la suspensión de la pena y no exactamente a la suspensión del proceso por acuerdo, en un período de *probation*. El hecho de que esté en la codificación sustantiva dice mucho sobre el acierto de lo que aquí defendemos.

1.6.1.2.3 Segundo caso: la delación definida en ley como “negocio jurídico procesal”

El segundo caso que presentamos es, efectivamente, la ley de delación premiada. En este, la decisión de la Corte fue en sentido contrario a la tomada en el *plea bargaining* de los años 1990. Los motivos que llevaron a que la jurisprudencia y, posteriormente, la propia ley declararan la delación como un ‘negocio jurídico procesal’ son esenciales para el presente análisis. Estos tienen que ver con la realidad política.

Como se ha explicado (ítem 4), Brasil decidió seguir más a rajatabla la Convención de Palermo, y crear una única ley de crimen organizado, que incluyera todas las providencias necesarias para combatir este fenómeno. Sin embargo, el país enfrentó el problema de aplicar su ley específica de combate al crimen organizado y de delación en un caso que afectó tanto la política nacional como, sin exagerar, la política norteamericana⁹⁴. Así, la jurisprudencia inaugural de la ley, que debía ofrecer las primeras interpretaciones sobre la aplicación de penas bajo la delación, comenzó bastante sesgada. Para no profundizar en temas de motivaciones que se desvían del razonamiento lógico, se puede afirmar que no hubo tiempo suficiente – entre la promulgación de la ley y su puesta en práctica – para que la doctrina construyera un cuerpo conceptual mínimo que ayudara a los órganos judiciales en sus decisiones. Este fue el caso específico del fallo del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que, en un larguísimo texto, confirmó la tesis de que el fundamento de la delación premiada es un “negocio jurídico procesal”. Así, sin otros argumentos más incisivos, sedimentó esa posición para los tribunales inferiores y, al final, a pesar de las críticas, acabó consagrándose en la propia ley. Nos referimos a la

⁹³ El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

⁹⁴ Tenemos en cuenta que ello no es a lo mejor una coincidencia. Sencillamente, en un sistema de cleptocracia, la creación de una primera red de delatores fatalmente llegaría a los órganos gubernamentales.

decisión de Habeas Corpus 127483 del Supremo Tribunal Federal, que se pronunció sobre lo que aquí investigamos: los límites materiales de la delación premiada.

La decisión del STF trataba sobre una petición de habeas corpus redactada por los delatados del primer delator de la “Lava Jato” (Sr. Alberto Youssef)⁹⁵. De manera muy resumida, se alegaba que ese delator no estaba cumpliendo un acuerdo de delación anterior, por lo cual no tendría derecho a esta nueva propuesta, que era la base del caso Lava Jato. La ilegalidad de esta nueva propuesta – así argumentaban los alegatos del habeas corpus – contaminaba todas las pruebas del proceso Lava Jato por inducción. Para demostrar la disconformidad con la delación, se enumeraron varios argumentos, siendo el primero el del “principio de confianza”, es decir, al Ministerio Público le estaría vedado cerrar acuerdos de delación con alguien que, por incumplir un acuerdo anterior, no era digno de confianza⁹⁶. Este argumento, aunque no expresado exactamente con esas palabras, atacaba los fundamentos del instituto: si existe una expectativa de conversión a la fidelidad al derecho, es evidente que el pretendido delator debe ofrecer elementos de convicción sobre el cumplimiento futuro de su palabra al cerrar el acuerdo⁹⁷.

Como segundo argumento, se alegaba que ese delator no debería ser beneficiado con el acuerdo de colaboración, porque la ley brasileña exige que el Ministerio Público Fiscal evalúe, como criterio obligatorio, la “personalidad” del colaborador, y un delator que había incumplido un pacto anterior no tenía una personalidad confiable. No deja de ser un argumento fuerte que tiene que ver con los principios mismos del Código Penal.

Pero el tercer argumento es el más relevante para el tema aquí abordado. Los delatados, en su petición de *habeas corpus*, alegaban que el acuerdo de delación había preservado el patrimonio del delator, dejando fuera del deber de indemnización algunos bienes inmuebles “para la mujer y las hijas de Youssef”. Es decir, para obtener la delación, la Fiscalía había protegido, a petición del delator, ciertos inmuebles de su propiedad del decomiso natural que un acuerdo de esa naturaleza implicaría. Sin embargo,

⁹⁵ Los nombres que aquí aparecen sencillamente dan concreción al caso. Youssef fue el primer investigado en la Operación ‘Lava Jato’.

⁹⁶ Así, conforme está en el fallo, alegaban los defensores de los delatados: “(...) Ou seja, a condição fundamental para um delator é a confiança, de tal sorte que, não apenas ele deve confiar no agente estatal, **mas ele próprio deverá se fazer confiar, ser digno de confiança**. Essa é a condição básica, elemento **a priori**, de qualquer formalização de contrato de delação (...)”. Portanto, se é defeso ao agente estatal, no âmbito de sua discricionariedade juridicamente vinculada, transigir com alguém indigno de confiança, por óbvio, não seria admissível que o Estado-acusador transigisse de tal forma na seara do direito penal!” Texto del HC 127.483/STF.

⁹⁷ Algo que, em momento posterior, se estudiará como “garantías de no repetición”. Véase, adelante, 7.8.

ese blindaje no está permitido por la ley. De hecho, la ley 12.850/2013 solo autoriza la reducción de la responsabilidad penal del delator⁹⁸, sin intervenir en la obligación directa de reparar los daños y perjuicios causados por el delito⁹⁹. La alegación estaba bien fundamentada: en la ley brasileña (art. 91 del Código Penal de Brasil), de manera similar a la ley española (art. 109), la pérdida de bienes es un efecto inmediato del delito, y no se trata de una pena accesoria. Como el caso de cohecho que se investigaba involucraba valores que alcanzaban miles de millones de dólares americanos, y como todos los coimputados son deudores solidarios en esa obligación de reparar el daño, la Fiscalía no estaba autorizada a proteger ninguna parte del patrimonio del reo para convencerlo de hacerse delator. Por lo tanto, la nulidad sería, en palabras más libres, una cuestión de *conditio sine qua non*: sin la protección de su patrimonio, el reo no se habría convertido en delator, y, al no asumir esa condición, no existirían las pruebas que implicaban a los delatados. Una deducción muy obvia, de no ser por el hecho de que, si se reconocía, la opinión pública se volcaría contra todos los magistrados y la Fiscalía, además de alterar todo el escenario político del momento.

Por una cuestión teleológica, es decir, para evitar la nulidad *ab initio* de todo el proceso de Lava Jato/Odebrecht, el fallo estableció dos puntos relevantes: (1) Primero, que aunque la colaboración premial tenga efectos en el derecho penal material, se trata de un elemento de derecho procesal. (2) Segundo, que se trata de un negocio jurídico. Para justificarlo, apenas se recogieron de la ley términos como “negociaciones” y “acuerdo” de colaboración y, a partir de ellos, se desarrolló un largo discurso sobre los planos de existencia, validez y eficacia en los negocios, como si se tratara de un acuerdo entre particulares, completamente privado, sin mayores distinciones¹⁰⁰. Así, el fallo llegó a una

⁹⁸ Sustentam ainda que a ilegalidade do acordo de colaboração também deriva da existência de cláusulas patrimoniais ilícitas prevendo a liberação de imóveis de vultoso valor à ex-mulher e às filhas do colaborador, que teriam sido adquiridos com os proventos da infração e ocultados por meio de lavagem de dinheiro. Para os impetrantes: “[o] acordo de colaboração premiada não pode ser elaborado de forma discricionária, pelo contrário, deve seguir os termos dispostos na legislação pátria, que não prevê, em nenhuma hipótese, a concessão de benefícios patrimoniais”.

⁹⁹ Es la previsión del art. 92 del Código Penal brasileño, que equivale, por ejemplo, al artículo 109.1 del Código Penal Español: “1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

¹⁰⁰ Se trata de una tradicional visión privatista, del llamado “negocio jurídico” en Brasil, que hace esa tripartición. Por su interpretación, la ley establecería “elementos de **existencia**” del acuerdo de delación. Ellos son “estar en texto escrito” y contener un “relato de la colaboración y sus posibles resultados”; tener sus condiciones propuestas por el Jefe de Policía (Delegado de Policía, en Brasil) o Fiscal del Ministerio Público (‘Promotor de Justiça’); la declaración de aceptación por el colaborador y su abogado, y las firmas de las partes. Los demás requisitos que la ley enumera equivaldrían a lo que en Derecho Civil son los “elementos de **validez**” del negocio jurídico, es decir: la declaración de voluntad del colaborador, resultado de un proceso volitivo libre; que ese proceso sea decidido sin mala fe; que su objeto sea lícito, posible,

conclusión que nos parece lógicamente invertida: afirmar que el acuerdo de delación es un instrumento de naturaleza procesal que causa efectos al derecho penal material¹⁰¹¹⁰².

Como consecuencia de este fallo, que se transformó en leading case en algunas interpretaciones sobre la delación, una reforma legislativa en 2019 decidió agregar una definición en este sentido: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova¹⁰³, que pressupõe utilidade e interesse públicos”¹⁰⁴. Como “negócio jurídico processual”, la naturaleza adjetiva del instituto en ese país ahora está determinada por la ley.

Debido a una cuestión mucho más política que jurídica, la Corte decidió de manera diferente a lo que, décadas antes, había hecho con la ley de *plea bargain*. La solución anterior parecía más evidente, más directa y resumida en menos de un párrafo: la ley que determina cambios potenciales en las sanciones penales siempre será material. En el caso de la delación, en la ley brasileña, ya no es así.

Este cambio, aunque pueda parecer una afrenta a lo más básico de la organización legal y epistemológica del derecho, está en consonancia con la lógica general, en el *big picture*, del presente estudio: la delación responde, desde sus raíces, a una realidad utilitarista, donde los resultados inmediatos interesan más que la coherencia del sistema.

determinado o determinable. Por último, el “plano de la **eficacia**” de la delación sería la homologación, por el juez, del acuerdo, lo que es obligatorio por la ley. Según ese fallo del STF, una homologación total sería una “declaración de eficacia”¹⁰⁰ del negocio jurídico; si es parcial, volvería a ser un elemento de existencia, porque vendría a incorporar nuevas cláusulas del negocio.

¹⁰¹ “Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o **imputado-colaborador**, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.” p. 24 de la sentencia.

¹⁰² También llegó a afirmar que el acuerdo de delación premiada era negocio jurídico *personalísimo*, con lo cual “el acuerdo de colaboración no puede ser anulado por coautores y partícipes del colaborador en la organización criminal y en las infracciones penales que ella haya hecho, aunque sean expresamente nominados en el respectivo documento en el ‘relato de la colaboración y sus resultados’ (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13)” Esa concepción, que deseaba evitar que los delatados pudiesen discutir el acuerdo de delación, al evidentemente enfrentar el derecho de tutela judicial, se modificó con el paso de los años y no fue adoptada en la siguiente modificación de la ley.

¹⁰³ El gran alarde que hacen algunos autores brasileños sobre la realidad de que el legislador brasileño haya nombrado la delación como “medio de obtención” de prueba y no como prueba directamente no tiene nada de garantía. Sencillamente equivale a decir que la delación, por ella misma, no puede ser llevada en cuenta contra algún delatado, si no acompañada de otras pruebas. Eso es evidente en todo el proceso contemporáneo, y fue declarado en España, por ejemplo, en STC 155/2002, de 22 de julio SSTS de 26 de septiembre de 1997, 8 de marzo y 12 de abril de 2012 (la primera referencia a esa Sentencia nos apareció en el libro de Ortiz Pradillo, *cit.*).

¹⁰⁴ Texto del art. 3º-A, de la ley 12.850, inserto por la Ley 13.964/2019.

1.6.2 La delación como principio de oportunidad: la fórmula colombiana

La fórmula más amplia para inscribir en la ley la posibilidad de delación premiada es la de Colombia. Esta fórmula implica la inclusión en el Código Procesal de la posibilidad de que la Fiscalía renuncie al deber de acusar, simplemente siguiendo algunos principios. No obstante, pocos meses después de la publicación de ese Código adjetivo (Ley 906, de 2009), hubo un cambio en la legislación para limitar considerablemente la aplicación del principio de Oportunidad y someterlo a un control judicial peculiar. Al proceder de este modo, aquí se adelanta la opinión de que en la ley colombiana se inauguró un *principio de oportunidad matizado*. Por razones puramente didácticas, primero demostraremos la versión inicial de la legislación y, a continuación, los cambios que se introdujeron.

La primera versión de la ley simplemente inscribió, en el Código adjetivo, un título específico para el principio de Oportunidad, que se anclaba principalmente en la flexibilización del deber de perseguir el delito. Así:

ARTÍCULO 321. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

ARTÍCULO 322. LEGALIDAD. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

La técnica de hacer converger todo el problema de la delación premiada hacia la cuestión de la Oportunidad, que encabeza el título, dirime cualquier duda interpretativa sobre la naturaleza del plea bargain: se trata de un instituto pensado para ser procesal, basado en que el órgano acusatorio puede optar por no perseguir o por perseguir de manera menos intensa, en caso de colaboración del autor del hecho. Y ese órgano acusatorio, a su vez, obedece a la regla de la obligatoriedad de persecución, eximido o exceptuado por la mencionada ‘oportunidad’. Tampoco descuidó la ley colombiana, en esa primera versión, que este instituto tuviera su principio (que aquí no se atreve a denominar criterio) de aplicación: la primera consideración del Código es que la oportunidad debe guiarse por la “Política Criminal del Estado”. Así, el Código, en su

primera versión, definía un camino directo hacia la introducción de un sistema como el norteamericano: Oportunidad y Política Criminal.

Evidentemente, la enunciación del vínculo entre el principio de oportunidad y los parámetros de política criminal no puede escapar a la crítica de ser una regla de carácter puramente nominal, es decir, que posee una capacidad directiva práctica casi nula. La “Política Criminal del Estado” es una locución que tiene cabida en estudios académicos y en percepciones de criminología, pero su inserción en la ley, además como el tope de una pirámide interpretativa de la que derivan todas las consideraciones sobre oportunidad, nos parece muy inadecuada. Al final, la “Política Criminal del Estado” no se concreta en un documento único que permita al intérprete cotejar, al intentar aplicar el principio, lo que está en ella y lo que falta de ella. En el momento, por ejemplo, de cuestionar la aplicación de la oportunidad, o de exigir que se utilice en beneficio de algún ciudadano, el intérprete no encontrará directrices claras. La Política Criminal del Estado, a la cual, con tanta elocuencia, se refiere el artículo 321 del Código Colombiano, no es accesible para quien desea concretar su aplicación, lo que implica, como efecto contrario, que se interprete como una concesión abierta al arbitrio de la Fiscalía.

Tal vez por estas mismas razones, el Código fue reformado, cambiando completamente ese sentido abierto de la norma adjetiva. En el mismo año de su promulgación, una reforma legislativa alteró el art. 323 (citado anteriormente en su versión original) y su art. 327 para introducir definiciones y, ahora sí, criterios bastante restrictivos del principio de Oportunidad. A continuación, se transcribe la nueva redacción del art. 323:

ARTÍCULO 323. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

El último párrafo del artículo transformó toda la política pensada en la versión anterior. La renuncia o el adelanto a la persecución penal siguen siendo regidos por la política criminal, pero “según las causales taxativamente definidas en ley”, además de

remitir a la reglamentación del Fiscal General e imponer a “control de legalidad ante el Juez de Garantías”, bien la oportunidad y la política criminal se hicieron vacías de sentido. La ley adjetiva enumeró 18 “causales” en que la oportunidad puede ocurrir, además de imponer un rito para el control judicial de su ejercicio en el que, como se verá, participa la víctima. De esas 18 causales, se puede decir que algunos remiten directamente a la delación premiada, con institutos y previsiones bastante avanzadas¹⁰⁵. Copianos aquellos que se refieren o se pueden referir a la delación:

ARTÍCULO 324. CAUSALES¹⁰⁶.

El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

¹⁰⁵ Lo que aparece en los párrafos 1º, 2º y 3º del art. 324, que son verdaderas limitaciones a las “causales”, hacen preguntar por qué no se deja que exista perdón a causas graves. Eso será preguntado en todas las legislaciones, incluso cuando se estudien las causas de la Corte Interamericana, que exigen punición. La idea de un progresismo punitivista es algo que todavía tenemos que repensar.

¹⁰⁶ COLOMBIA. *Código de Procedimiento Penal, artículo 324*, 2007. Disponible en: https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal/324.htm.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. <Numeral INEXEQUIBLE>

18. Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor **público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.**

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Además, el artículo 327, inserto por la misma ley, determina una audiencia para el “control judicial de la oportunidad”, en la que participa la víctima y la Fiscalía¹⁰⁷.

De este modo, es necesario analizar la ley colombiana en dos momentos, los cuales, aunque separados por pocos meses de vigencia, conllevan profundos cambios. Más revelador que los cambios en sí, es el proceso que dichas modificaciones evidencian. Estos momentos son: primero, la entrada en vigor de un principio de oportunidad sencillamente orientado por la “política criminal” del Estado. Aquí se observaba una grave renuncia, conforme aquí se defiende, a la función de protección del derecho penal, hoy tan en boga, respecto a la igualdad del ciudadano ante la ley o, en particular, un riesgo

¹⁰⁷ Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

al principio de impersonalidad en el trato con la justicia. Este se encontraba, por decirlo con en lenguaje penal, en una mera situación de peligro.

El segundo momento, sin embargo, regresa a lo que, en la primera idea brasileña, se ha constatado: aunque se haya ubicado en el Código Procesal, se incluye algo que no es más que una clásica enumeración, muy taxativa, de las hipótesis de punibilidad. Por lo tanto, pertenece a lo más clásico del Derecho Penal, porque, como vamos a sostener, la punibilidad es derecho material en su esencia, ya que sigue siendo la confirmación sistémica de la obligación de castigar. No será útil aquí estudiar las razones por las cuales el legislador realizó un cambio tan rotundo, que terminó vaciando completamente la concepción inicial del principio de oportunidad guiado por la efímera “política criminal del Estado”. Esa investigación llevaría a especulaciones sobre la voluntad del legislador que aquí no se podrían comprobar. Lo máximo que podemos hacer es proponer una hipótesis amplia, en el sentido de que ese primer sistema abierto no fue acogido por la comunidad jurídica¹⁰⁸. Sin embargo, sus consecuencias son bastante claras.

Para la investigación, es más relevante observar el proceso que, de alguna manera, acaba por ser común a todo el sistema de delación premiada en las experiencias de diversos países. La transición, en contraste con ese primer y segundo momento, demuestra que la concepción más inmediata de la delación premiada es su vínculo con la “política criminal”. Esto es mucho más relevante de lo que parece a primera vista, ya que confirma algo que desarrollaremos más adelante: que la delación premiada, o toda la justicia negociada y premial en general, al implicar el perdón, exige del aplicador de la norma permisiva (que es el no-aplicador de la pena debida al tipo) una visión política. Es decir, requiere una visión específica de cuáles son las voluntades respecto al futuro de la pena, de manera mucho más concreta e intensa que la simple “política criminal” en términos clásicos, que puede inferirse del ordenamiento jurídico general.

De este modo, la primera redacción del nuevo código colombiano obligaba a dotar la locución “política criminal” de un significado mucho más cercano a la idea concreta que a la remota política criminal tradicionalmente comprendida desde la clasificación de

¹⁰⁸ Se pueden inventar hipótesis plausibles para intentar refinar las hipótesis correspondientes, pero aún sin pruebas: el exceso de poder que gana la Fiscalía, el rechazo a una adopción inmediata del Sistema Americano, intentar eliminar contradicciones del sistema (como la delación a la simple necesidad sistémica nombrar las razones por las cuales se perdona la pena, permitiendo inferencias deductivas para otros casos).

von Litz. Se requería conformar una visión de lo que el Estado busca inmediatamente en la aplicación de la ley penal.

En cierto sentido, esa es la gran dificultad sistémica de la delación premiada, que en su momento se abordará: introduce en el sistema jurídico un sentido político preeminente, porque depende de una pretensión investigativa justificable, lo cual es novedoso en el sistema penal en su conjunto, inaugurado evidentemente por la lógica de la criminalidad organizada¹⁰⁹. Así, se proyecta en la delación premiada un nuevo sistema de valores, orientado hacia el futuro, que estaba expresado en esa primera versión de la ley colombiana: la oportunidad, la decisión de castigar o no, dependiendo de una idea “política”.

La segunda versión de la ley, como se ha mencionado, no supera la idea de un sentido de punibilidad, enumerado en la legislación adjetiva. El hecho de que aparezca en el Código Procesal no altera su naturaleza. Con este cambio legislativo, Colombia no se aleja de los patrones de inserción del instituto en Latinoamérica, aunque con un sentido, hoy en día, bastante moderno de lo que es la disminución de la pena por delación. En resumen, se trata del allanamiento a cargos o de la renuncia a la punición de aquellos que cumplen los requisitos para combatir la delincuencia organizada, o bien, en lo más clásico, reducen los efectos de los delitos que cometieron.

Aunque se presente en el Código adjetivo, la “política criminal”, al ser detallada, destaca elementos clásicos de la punibilidad, una figura tradicional del derecho penal material, que tendrá su propio capítulo, pero que aquí será abordada en los límites de esta introducción comparativa de sistemas.

1.6.3 La punibilidad y la proporción de la tentativa (modelo argentino)

El legislador de Argentina comprendió las peculiaridades del sistema penal latino-germánico y las consecuencias que esto conlleva cuando se trata de introducir en la legislación un instituto novedoso como la “delación premiada”. En otras palabras, entendió que no se trata simplemente de cumplir con la orientación de la Convención de Palermo mediante la creación de una ley de crimen organizado y en ella incluir institutos tan multi-consecuenciales como la justicia negociada, la renunciabilidad de la pena, el

¹⁰⁹ Véase Capítulo 05.

posible arrepentimiento y, principalmente, el comportamiento posdelictivo de colaboración con la investigación. En dos etapas distintas – de las cuales la primera es más importante – el legislador argentino supo cumplir lo que la directiva establece de manera más completa: insertar el sistema de delación “de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno”.

Así, en el año 2016, se reformó el Código Penal de la Nación Argentina para introducir, en la parte final del Título V, que trata de la imputabilidad, el derecho a la reducción de la pena por delación. Es el actual artículo 41 ter¹¹⁰, que comienza con este texto:

Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

Como se desprende del texto, el legislador optó por introducir directamente la reducción de la pena por *delación premiada* en la parte general de la ley sustantiva. El hecho de que haya sido ubicada en el título relativo a la "imputabilidad" es discutible, pero permite destacar un aspecto esencial: se trata de una forma de reducción de la punibilidad, concebida como una regla general del Estado para evaluar la gravedad del

¹¹⁰ARTICULO 41 ter — Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal; g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal; i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal. Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016).

hecho delictivo. Además, al menos pretende introducir un criterio de proporcionalidad: el comportamiento posdelictivo reduce la pena con el mismo baremo utilizado para la reducción en casos de tentativa delictiva.

Con ello, se solucionan dos problemas de adaptación: (1) primero, la naturaleza jurídica de la colaboración premiada. Aunque no se enuncie claramente, al menos no incurre en el error de no asumir su condición sustantiva. Lo que pueda haber de previsión adjetiva es la natural pormenorización de una regla que tiene su origen en las disposiciones sobre lo que es el delito y sus consecuencias. (2) El segundo problema resuelto es el de la proporcionalidad, porque, aunque se pueda discutir su acierto, la ley fijó baremos para la reducción de la pena en la colaboración: los límites que aparecen en la figura de la tentativa. Aunque sea necesaria algo de intuición – lo cual jamás es deseable en la interpretación de la ley – se puede comprender que el legislador de 2016 justifica la disminución de la pena en la reducción de las consecuencias del delito, comparándola con el *iter criminis* que evoca la tentativa, es decir, el desvalor de la intención que excepcionalmente no resulta en el desvalor del resultado. Si bien no nos parece la solución ideal, al menos es una forma de encontrar una razón que, también intuitivamente, sugiere la idea de arrepentimiento.

Con todas sus imperfecciones, que en otro trabajo podríamos comentar¹¹¹, la inserción de la delación premiada en la parte general del Código respeta la organización legislativa: solo la ley puede modificar la naturaleza de la pena; o, lo que es casi lo mismo, cualquier ley que traiga efectos de renuncia, aunque parcial, al derecho del Estado de castigar, es de naturaleza penal material, aunque aparezca ubicada en un instituto autodenominado procesal, administrativo o, como ahora se puede encontrar, incluso jurisprudencial. Como repetidamente aquí se ha enunciado, es posible decir que cualquier inciso que, en una ley denominada procesal, rebaje la sanción a quien cometió un delito, eleva la norma a la condición de norma material, y por lo tanto está sujeta a todos los principios generales del derecho penal. Dado que esos principios normalmente se encuentran en la Parte General del Código Penal, no cabe duda de que este es el mejor *locus* para regular el tema¹¹².

¹¹¹ Básicamente, el criterio de la rebaja por delación no puede ser únicamente el menor resultado. La complejidad del tema se abordará, en conjunto, en el capítulo 8, especialmente en los apartados 8.5 y 8.12.

¹¹² Desde luego, como se va a defender aquí, se trata de la mejor técnica: inscribir la disminución de la pena o extinción de punibilidad en la Parte General del Código, permitiendo comparaciones y organizaciones sistémicas. No hay problema remitir todos los detalles a la legislación procesal, incluido un proceso de negociación. Otro tema, muy distinto, es que la delación huya a cualquier sistemática del ordenamiento

Muy recientemente, sin embargo, la delación premiada fue también incluida en la ley procesal penal del país: la Ley 27.482, de 2019¹¹³. Allí se inauguró el Título VII del Libro Cuarto de la Primera Parte del Código Procesal Penal, aprobado por el artículo 1° de la Ley 27.063, que trata sobre la Colaboración Premiada. Son varios los artículos que reglamentan la ejecución de los acuerdos, siguiendo los preceptos del Código Penal. Es decir, a partir de la autorización de la ley material, surgen las reglas procesales, incluyendo la oportunidad de la Fiscalía¹¹⁴. Con esto, la legislación argentina también solucionó el problema organizativo al que nos referimos, dejando claro que el órgano acusatorio puede decidir sobre la conveniencia y oportunidad de iniciar la demanda, siempre que esté sujeta a los baremos de la norma penal.

La norma argentina es la única que ha sabido encontrar un lugar para el instituto de naturaleza anglosajona en un sistema tradicional y estructuralmente distinto. Sería posible perfeccionarlo, pero, entre las soluciones comparadas, es la que más evitará impugnaciones judiciales sobre tantas cuestiones que, interfiriendo en los derechos de delatores, delatados o terceros, se llevan al Poder Judicial: cuestiones de aplicación de la ley penal en el tiempo, proporcionalidad, control judicial, renuncia del Estado a la pena y, además, la concesión de beneficios al delator encuentran su respuesta facilitada al haber sido la delación premiada y sus consecuencias insertadas en la Parte General del Código.

1.6.4 Derecho penal material y propuestas integradoras

Parte de la doctrina adopta posiciones que, aunque no construidas directamente pensando en el derecho premial, podrían tener un carácter conciliatorio para el tema, esto es, en cuanto a la naturaleza jurídica de la disminución de pena por la delación. A modo

jurídico, lo que sería la única razón para no preverla en la Parte General. Al ser así, tenemos un problema más grave: el legislador, de tan utilitarista, hasta el momento no ha decidido que la delación tenga una proporción con la pena, no la ha descubierto; lo único que sabe es que ella facilita la aparición de pruebas.

¹¹³ ARGENTINA. Ley 27.482, Modificación al texto de la Ley 27.063. *Nuevo Código Procesal Penal Federal*. Buenos Aires, 26 feb. 2024.

¹¹⁴ Artículo 175 septiesdecies - Presupuestos de admisibilidad. Oportunidad. El acuerdo con el imputado previsto por el artículo 41 ter del Código Penal deberá realizarse antes de la audiencia de control de la acusación. La información objeto del acuerdo deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado.

No podrán celebrarse acuerdos de colaboración los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional. Los acuerdos previstos en este Título y sus beneficios no serán aplicables en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad.

de definición, citamos dos posiciones prominentes, con sus consecuencias: (1) el amalgama entre derecho penal material y derecho procesal, y (2) la introducción, en la estructura del delito, de la Política Criminal bajo el concepto de responsabilidad.

1.6.4.1 Desde la propuesta de Frisch: un sistema integrado

La primera de ellas es el postulado de un sistema integrado de Derecho Penal, que aparece especialmente en Frisch y otros autores contemporáneos. La idea básica de Frisch es que las figuras procesales deben integrarse de algún modo en la estructura dogmática. Dice que la teoría tradicional del delito no ha tomado “ni la forma expresa ni en forma de categorías sistemáticas el problema de la (baco circunstancias falta de) necesidad de pena)”¹¹⁵. Para el autor, el lugar de esa integración sería la punibilidad¹¹⁶.

Es loable destacar que, incluso en un mínimo sentido utilitarista, un sistema dogmático sobre lo injusto, lo culpable y lo punible carece de utilidad si las estructuras procesales no garantizan la aplicación de la pena por falta de presupuestos. En ese sentido, debe existir una mínima integración, de modo que los presupuestos procesales formen parte de la punibilidad¹¹⁷. De manera contraintuitiva, es en Hegel donde Frisch busca la justificación para que la pena pueda ser menor que la prevista, siempre que funcione como una respuesta del sistema. En ese sentido, la punibilidad adquiere relevancia como

¹¹⁵ FRISCH, W. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*, n. 3, 2014, p. 24

¹¹⁶ “Todo ello conduce a dificultades cuando están previstas ya legalmente causas de exclusión de la punibilidad (*Strafausschlüsse*) o cuando como mínimo se plantea su concurrencia (causas supraleales de exclusión de la punibilidad), que precisamente están inspiradas en este mismo razonamiento. Estas causas de exclusión de la punibilidad le generan a la dogmática del delito tradicional las más grandes dificultades y la exponen a una notable incerteza, mientras que el concepto de delito aquí desarrollado puede (en mejores condiciones que el concepto de delito comunicativo al uso) dar cuenta de tales circunstancias de manera sencilla y convincente “. FRISCH, W. Pena, delito... cit. p. 24

¹¹⁷ Diese Differenzierung wird vielmehr erst erklärlich, wenn man einen anderen Gesichtspunkt mit in die Erwägungen einbezieht. Er findet sich ansatzweise schon bei Hegel. Im Zusatz zu § 218 der ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts’ heißt es, dass ‘ein Kriminalkodex nicht für alle Zeiten gelten könne. Eine ‘Gesellschaft’, die ‘ihrer selbst sicher ist’, könne auf das Verbrechen mit mildernden Strafen reagieren als eine ‘in sich wankende’. Diese von Hegel klar erfasste Voraussetzung für eine mildere strafende Sanktion trifft heute auf weite Bereiche der Kriminalität zu. Ihr gegenüber fühlt sich die Gesellschaft relativ sicher. Diese Form der Kriminalität wird, das ist das gemeinsame Gefühl der Gesellschaft, auch durch milde und mildere Strafen im Wesentlichen eingedämmt. Dass Milderungen hier keinen wesentlichen Anstieg der Kriminalität zur Folge haben, belegt der internationale Vergleich ebenso wie der Blick auf die Folgen bisheriger Milderungen. Es entspricht zudem kriminologischen Erkenntnissen. Zur Aufrechterhaltung des Rechtsbewusstseins und zugleich zur Prävention ist es danach im Allgemeinen ausreichend, dass nur überhaupt durch Strafe reagiert wird”. FRISCH, W. Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels. In: COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, S. (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009, pp. 352-353

elemento esencial, operando como el factor que puede disminuir o incluso anular la pena prevista.

La posición que aquí se toma respecto al pensamiento integrador es clara, pero los argumentos que la sustentan se entrelazan con los fundamentos de este trabajo. En un intento de síntesis, puede afirmarse que todo aquello que influya directamente en la aplicación de la pena, como se ha señalado, es ontológicamente constitutivo del derecho sustantivo.

Esto no significa que no haya puntos de confluencia entre ambos conjuntos, especialmente si, bajo un *Globalverstande*, la pena solo puede aplicarse mediante institutos procesales. Además, tanto para el Estado como para el condenado¹¹⁸ o la sociedad, únicamente la imposición de la pena mediante un procedimiento que respete las garantías fundamentales le otorgará la necesaria legitimidad. Para justificar la reacción estatal, es cierto que los institutos se entremezclan: una pena o un perdón desproporcionados (en derecho material) o la imposición de una pena sin garantizar los derechos de defensa generarán una percepción análoga de ilegitimidad, que es precisamente lo que dichos institutos buscan evitar.

Ese punto de coincidencia, sin embargo, no permite la integración directa de los presupuestos procesales en la punibilidad, salvo si esta se concibe como una frontera entre ambos, una intersección entre conjuntos. En ese caso, se alteraría el enfoque del análisis: ya no se trataría de integrar, sino de identificar puntos en común y, a partir de ello, construir un conjunto de intersección por características compartidas.

Como se ha observado, específicamente en el caso brasileño, la diferencia entre derecho penal y procesal no es meramente una cuestión epistemológica, es decir, no se trata solo de cómo se clasifica la materia con fines científicos o didácticos. Dependiendo de si un instituto se considera procesal o material, las consecuencias son distintas: los efectos de la condena, el cálculo de la proporcionalidad y las condiciones de retroacción forman parte de una sistemática exclusiva del derecho penal material.

Existe, además, un elemento sistémico que permite al derecho penal mantener su propio equilibrio, aunque su aplicación dependa de otras condiciones, como las reglas adjetivas, pero no exclusivamente de ellas. El derecho penal debe funcionar como un sistema mínimo de reglas lógico-formales, en el que su aplicación no dependa únicamente

¹¹⁸ Nótese que, aquí, con alguna osadía se utiliza un término de derecho procesal.

de esas normas procesales. Si se nos permite aquí esbozar un argumento por inducción, el derecho penal debería extenderse a todas las ciencias auxiliares —e incluso más allá de lo que proponía von Liszt—, como, por ejemplo, la neurociencia, que permite analizar cómo el reo percibe la pena (o si era libre para elegir otra conducta); los estudios sanitarios, que determinan las condiciones mínimas para los encarcelados en caso de privación de libertad; o las normas policiales que regulan el cacheo a un sospechoso.

Un sistema lógico-formal que abarca lo injusto, la acción u omisión y su reproche debe integrar las reglas a las que el premio por la *delación* debe adaptarse.

En este punto específico, surge una interrogante: si el derecho penal no se extiende a cuestiones procesales vinculadas a su aplicación, ¿sería esto un argumento más para considerar la *delación* como parte del derecho adjetivo? Al fin y al cabo, la negociación del *delator* podría interpretarse como un mecanismo para la obtención de pruebas y para definir la forma en que se aplicará finalmente la pena. Desde esta perspectiva, el argumento parece razonable, pero una vez más tropieza con el hecho de que la negociación para la obtención de pruebas conlleva una reducción de la pena. Y esa reducción incide directamente en la proporcionalidad y en la relación entre norma primaria y norma secundaria, aspectos exclusivos del derecho material. Se regresa, por tanto, al mismo punto: si bien las formas de negociación y sus momentos pertenecen evidentemente al derecho adjetivo, la reducción de la pena sigue inserta en el sistema del derecho penal, que comienza con la tipicidad y concluye en los presupuestos de punibilidad.

En una línea similar, aunque con mayor detalle, se encuentra la propuesta de Fernando Andrade Fernandes sobre la utilización del proceso penal como instrumento de política criminal. En su análisis, también se examinan las alternativas consensuales, que establecen un canal de comunicación entre el proceso penal y la pena.¹¹⁹

¹¹⁹ En un sentido próximo, con muchísimo detalle, se encuentra la propuesta de Fernandes sobre la utilización del proceso penal como instrumento de política criminal. Allí también se estudian las alternativas consensuales, que ofrecen un camino de comunicación entre el proceso penal y la pena. Véase: FERNANDES, F. A. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

1.6.4.2 La *Verantwortlichkeit* de Roxin

Evidentemente, el punto de vista de Claus Roxin es ampliamente conocido y analizado por muchos autores. Su influencia en el marco del derecho penal occidental impide que su posición deje de ser considerada en los más diversos temas dogmáticos. Aquí, sin embargo, el análisis está restringido a su concepción de política criminal.

Más allá de intentar distanciarse del finalismo a partir de su crítica al ontologismo¹²⁰, el profesor de Múnich propone la introducción de la política criminal en la dogmática¹²¹. En su obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*¹²², (1970) es en la que más directamente expuso esta concepción y, desde entonces, su innovador sistema doctrinal, al menos nominalmente, aborda las consecuencias de un derecho penal orientado hacia un objetivo de futuro, en un sentido político-criminal. Tal orientación hacia las consecuencias (*Folgenorientierung*) aparece como una preocupación no solo del legislador, sino también de quienes interpretan y aplican el Derecho penal o lo construyen doctrinalmente. Así, el derecho penal extiende su configuración social para convertirse en un instrumento socialmente más significativo, fijando reglas de conducta. Es el sistema racional-final o funcional (*zweckrationale o funktionale Strafrechtssystem*)¹²³, en el cual “la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas), sino que puede guiarse

¹²⁰ Trata-se do estudo de 1962 na ZStW 74, e também do Strafrechtliche Grundlagenprobleme, de 1973.

¹²¹ Moreno Hernández, con razón, recuerda que no se puede afirmar que, en una fase que él mismo denomina “perroxiniana”, el derecho penal haya prescindido de consideraciones político-criminales. Según su análisis, incluso en autores como von Liszt, Binding, Mezger y Welzel se encuentran pasajes que delinear un papel claro de la política criminal dentro del derecho penal. Roxin, sin embargo, otorga un mayor énfasis a este aspecto, en un proceso de “retomar (...) el método teleológico de los neokantianos”. MORENO HERNÁNDEZ, M. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. *Revista Criminalia*, México, v. 68, n. 3, [s/d], p. 17. Professor Moreno Hernández, discípulo de Welzel, é aliás um crítico da negação total do ontologismo, ao afirmar que “no resulta tan absurdo que a las categorías dogmáticas se les dé un fundamento ontológico. Incluso la misma norma jurídico penal, en torno a la cual se hacen las diversas disquisiciones dogmáticas, tiene su propia estructura y su propia esencialidad, que no le son dadas por el legislador”. *Idem*, p. 38. Sobre la importancia de Von Liszt como precursor del derecho penal, incluso para las concepciones normativistas de la actualidad, que lo retomaron, véase FRISCH, W. Franz von Liszt – Obra e Influencia, *Indret*, 2/2017.

¹²² Ali Roxin, apesar de ressaltar sempre a importância do pensamento sistemático, nega a possibilidade de total cisão entre política criminal e direito penal, porque “el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo” ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción: Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 102.

¹²³ La traducción de *zweckrational* para “racional-final” está en la versión española de la segunda edición del manual de Roxin. ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. Traducción: Luzón-Peña e outros. Madrid: Civitas, 2006, p. 203.

únicamente por la finalidad del derecho”¹²⁴. Las consecuencias de esa orientación hacia la finalidad para el Derecho son variadas, pero en su Manual, el autor destaca dos de ellas que atañen directamente a su teoría: en primer lugar, la imputación al tipo objetivo, que depende de un ‘peligro no permitido dentro de la función de protección de la norma’ y, en segundo lugar, un concepto de culpabilidad vinculado a las necesidades del derecho penal. La llamada imputación objetiva, que no es tema principal aquí, se convirtió en un elemento nuclear de los estudios posfinalistas¹²⁵, pero nos limitamos a comentar su intensa carga normativa, en la que la propia causalidad recibe una orientación interpretativa como un Riesgo permitido o no, que esté dentro del ámbito de protección del tipo (*Reichweite des Tatbestandes*).

Relevante aquí es su concepción de la reprobación, que se extiende de la simple culpabilidad (*Schuld*) hacia la responsabilidad (*Verantwortlichkeit*). Roxin aclara que, para él, la culpabilidad puede definirse como actuar de manera injusta a pesar de la asequibilidad normativa (*unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit*). La norma penal haría una llamada al individuo¹²⁶, y este será culpable si, en el momento en que ella ocurre, el individuo adulto y sano¹²⁷ tiene condiciones para decidir conforme a la norma o, al menos, estaba en condiciones de alcanzar dicha llamada¹²⁸.

¹²⁴ *Idem*, p. 203.

¹²⁵ Chaves Camargo afirma que foi a partir de 1970, quando Roxin „incluiu a criação ou incremento do risco como fundamento da imputação objetiva” que os demais juristas passaram a buscar soluções nesse mesmo sentido. Cf. CAMARGO, A. L. C. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 18.

¹²⁶ Sobre la difusión de esa concepción, véase Zugaldía: “en la actualidad existe un amplio consenso en torno a los puntos de vista – basados en nuestra experiencia científica general – que vinculan la culpabilidad a la motivabilidad de la persona, lo que permite afirmar que culpable es el autor que ha realizado el hecho ilícito pese a haber sido accesible al mandato normativo” ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *El principio de culpabilidad en las reformas penales*. In: Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 1093.

¹²⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 808. En la 4.ª edición de su *Allgemeiner Teil*, Roxin se muestra, en cierta medida, inclinado hacia las tesis compatibilistas, citando a Pauen. Afirma que dichas tesis serían bastante acordes con su posicionamiento. Cf. ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Múnich: C.H. Beck Verlag, 2006, p. 872. Esta mera indicación de una posible inclinación futura solo se registra, ya que aún no implica una modificación sustancial en el postulado del autor que aquí se analiza.

¹²⁸ Entre las más contundentes críticas, la de Torío: “hacer constituir la culpabilidad en la atribución desde fuera (social; por tanto, normativa) de una dirigibilidad normativa elude el problema de determinar el *quid* real de la imputación subjetiva. No suscita la cuestión de si el acto concreto, en una situación concreta, quedaba dentro o escapaba, por el contrario, a la individual dirigibilidad normativa del sujeto. En la culpabilidad no se trata de la dirigibilidad normativa del hombre, como ser general, o de otro, sino del individuo concreto en la situación concreta era o no motivable mediante normas. Esta cuestión radical no es suscitada en la concepción actual de Roxin” TORÍO LOPEZ, Á. Indicaciones Metódicas sobre el Concepto Material de Culpabilidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 3, 1988, p. 767. La individualización del concepto de culpabilidad ya era presentada por el penalista en texto anterior, en que afirmaba que “si bien es imposible determinar o establecer si en un momento concreto pudo individualmente el sujeto proceder de modo diverso a como lo hizo, el reproche de culpabilidad equivale a la afirmación de que otro sujeto en su lugar hubiese actuado de otro modo empleando la fuerza de voluntad

En sus palabras, al reproche de la culpabilidad se debe sumar la necesidad de pena, ya sea por la prevención general o por la prevención especial. Luego, esa nueva categoría de *Verantwortlichkeit* es una variante de la culpabilidad, que se interpreta a partir del individuo, y la necesidad preventiva del momento, que debe provenir de la ley. Por ello, aclara que no implica un grado de inseguridad jurídica: cuando el juez decide eximir de pena por falta de necesidad preventiva, lo interpreta conforme a la ley misma. Para Roxin, este sería el mejor camino para la dogmática, que debe combinar la necesidad de prevención con el reproche personal¹²⁹. Dado que para él la finalidad de la pena es siempre preventiva¹³⁰, renunciando a cualquier forma de retribución, su modelo de *Verantwortlichkeit* implica un reproche personal **sumado a la necesidad de que la pena** sea preventivamente imprescindible¹³¹. Las críticas a esta concepción funcional no faltan, más allá de aquellas que el propio autor incorpora, como la dependencia de la dogmática a los objetivos nacionales de cada momento, ya que toda política será casuística y anti sistemática¹³²¹³³.

La idea de Roxin, al introducir el reproche de la ley, no es tan radical como podría parecer. Se trata de identificar si, en ese momento, la ley formula un reproche al individuo.

que posiblemente la faltó al autor. Ello es suficiente para la legitimación del reproche de culpabilidad". Suas críticas são contundentes para esse sentido generalizador, de que destacamos apenas duas: "La desigualdad entre los hombres ha de ser atendida por la categoría considerada, si se pretende que se incorpore al delito el pensamiento de que no solo ha de tratarse lo igual como lo igual, sino también lo desigual como desigual" (p. 300), y "Contra la teoría de la inexigibilidad se pronunció abiertamente el derecho penal del nacionalsocialismo, que la consideró reflejo de una visión jurídica liberal o de un humanitarismo desfalleciente" *Id.*, El concepto individual de culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 38, n. 02, 1985, p. 298.

¹²⁹ "Auch kann die Strafrechtsdogmatik nur durch die Anerkennung von Schuld und Präventionbedürfnis als gleichrangiger Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit den Anschluss an die Strafzwecklehre gewinnen, für die heute anerkannt ist, dass nur Schuld und Präventionbedürfnis gemeinsam eine Strafsanktion auslösen können". ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, cit., p. 853

¹³⁰ Para Roxin, en su *teoría unificadora preventiva* de la pena, esta debe perseguir simultáneamente un fin preventivo general y especial, pero nunca ningún tipo de retribución. Sostiene que no puede afirmarse que la retribución sea, siquiera parcialmente, la esencia de la pena, ya que las instituciones jurídicas no poseen ninguna "esencia" distinta de la determinada por sus fines. ROXIN, C. *Derecho Penal...*, cit., p. 99.

¹³¹ *Idem*, p. 793.

¹³² Abanto Vázquez reconoce la crítica, pero defiende la posición funcionalista: "Es más, no es nada arbitrario hacer perder su 'neutralidad' al derecho penal y ponerlo a servicio de la sociedad y del individuo mediante su limitación con base en garantías de política criminal; lo arbitrario sería no hacerlo". ABANTO VÁZQUEZ, M. ¿Normativismo radical o normativismo moderado?. *Revista de Derecho Penal*, n. 1, 2006, p. 449.

¹³³ Mir Puig, en una postura más matizada, formula una crítica en el mismo sentido: el derecho penal no puede reducirse únicamente a análisis normativos. Uno de sus principales ejemplos es la capacidad de comprender la norma jurídica: "Si la norma se concibe con la función de regular comportamientos, sólo tiene sentido frente a quien puede recibirla y ser influido por ella a la hora de decidir su conducta. De nuevo hay que decir que, si la norma ha de perseguir algo más que su sola vigencia simbólica, se ha de tener alguna eficacia empírica, ésta presupone que concurren elementos empíricos en sus destinatarios y en la situación en que actúan". MIR PUIG, S. *Los límites del Normativismo en Derecho Penal*. In: Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 688.

Sin embargo, resulta difícil entender por qué la culpabilidad, siendo un concepto normativo, estaría tan desvinculada de la posibilidad de cuestionar si la propia ley es reprochable en ese contexto.

Desde una perspectiva de comunicación del ordenamiento, esta propuesta también parece un tanto tautológica: se determina por la ley si el individuo es "responsable", cuando es precisamente la ley la que establece los límites de la culpabilidad normativa. Si a esto se añade que, ya en la imputación del tipo objetivo, aparece implícita la noción de actuar en contradicción con lo aceptable, es muy probable que, en la práctica, este "sentido de la ley" no pueda ubicarse en comportamientos tan diversos. No obstante, esta crítica, en este momento, deja de aportar al presente análisis.

De todas formas, su aporte sobre la responsabilidad, ampliamente aceptado en el derecho penal latino-germánico, plantea la necesidad de pena en el análisis de la culpabilidad, que forma parte de la teoría del delito. Al hacerlo, abre espacio para considerar el comportamiento posdelictivo como un elemento que, aunque no esté presente en el momento mismo de la comisión del delito, puede eliminar *a posteriori* la (necesidad de) pena. No se profundizará en estas consideraciones, pero sigue siendo una posibilidad para los autores que efectivamente acojan la necesidad de pena como componente del reproche a lo injusto.

1.6.5 Modelo español actual

La primera observación que debe hacerse sobre la *delación* en España es que no se ha adoptado como una regla general para todos los delitos del ordenamiento jurídico del país¹³⁴. No obstante, ya está prevista en algunos casos dentro del Código Penal y, dado lo anteriormente expuesto, la tendencia hacia su ampliación es innegable.

¹³⁴ Sobre el estado actual de los preceptos de colaboración con la Justicia, especialmente la confesión del delito en la legislación española, véase POZUELO PÉREZ, L. La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [Madrid], n. 22, 2020. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. La autora, en asertiva con la cual estamos plenamente de acuerdo, concluye, entre tantas otras asertivas importantes, que “La necesidad de dejar claros los límites no es una cuestión caprichosa, pues la aplicación de la ley *tal y como la ha establecido el legislador*, constituye una garantía para el ciudadano, la establecida por el principio de legalidad. Y el legislador ha dejado claros los requisitos necesarios para que concurra la atenuante” (p. 22). De hecho, la seguridad jurídica es lo más relevante que se hay que exigir en términos de previsibilidad, para que la lenidad punitiva a causa de la colaboración cuente con alguna legitimidad social, como aquí se ha insistido.

Existen mecanismos de *sentencia indulgente* (*lenient sentence*) que otorgan ciertas ventajas a los *delatores*, e incluso la reducción o anulación de la pena al *whistleblower*, aunque estos se encuentran alejados de la negociación y del principio de oportunidad implementados en Latinoamérica. Los límites en España son más estrictos, pero ello no significa que no puedan comprometer el equilibrio de las estructuras dogmáticas de la Parte General del Código Penal. En teoría, existen cauces que permiten preservar la tradicional válvula de escape de la reducción del castigo dentro del ámbito de la punibilidad, aplicable a quienes evitan el resultado del delito o se muestran como colaboradores en organizaciones criminales. Sin embargo, cabe señalar que ya se observa una evolución hacia un modelo más amplio, si se considera la sistemática de los procesos penales¹³⁵.

Como resumen, el Código Penal prevé dos tipos de beneficios relativos a la delación. Los primeros tienen que ver con el *whistleblowing* en sentido estricto, es decir, con la alerta a las autoridades sobre la existencia de un delito o, al menos, su reconocimiento. Esa es una forma ya clásica de incentivar al ciudadano a revelar o reconocer sus propias faltas y a reparar los daños¹³⁶, algunas veces casi ejerciendo más el papel de víctima que de criminal¹³⁷, dependiendo de las circunstancias en que se desarrolla la acción denunciada. En otros momentos, se utiliza el controvertido concepto utilitarista de que es más interesante que el Estado logre recaudar sus tributos¹³⁸ que necesariamente imponer puniciones, una cuestión tampoco libre de polémica.

También aparece la lenidad para aquél que “haya colaborado activamente con las autoridades”, pero solo en relación con beneficios penitenciarios, más concretamente la libertad condicional¹³⁹, lo que no significa la renuncia a la aplicación de la pena. El hecho de que el legislador haya incluido, en ese apartado 8 del artículo 91 del CP¹⁴⁰, la “**petición**

¹³⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003). *Revista electrónica de Ciencias penales*, [s/l], n. 7, 2005. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215766>.

¹³⁶ Véanse 163.2, 214 y 225, 340, 354.1 y 376 del Código Penal.

¹³⁷ Véase art. 426 del Código Penal.

¹³⁸ Véanse los artículos 305.4, 305.6, 307.3, 307.5, 307 ter 3, del Código Penal.

¹³⁹ Aquí hay que considerarse que la libertad condicional significa cumplimiento de pena y está dentro de lo natural que se puede esperar en términos de comportamiento del individuo después de castigado. Es un derecho más que consagrado que el individuo pueda progresar a grados más leves de la ejecución.

¹⁴⁰ Es interesante como ese mismo artículo demanda supresión de otros beneficios a los pertenecientes a bandas criminales. Se trata del último párrafo del art. 91: Los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

expresa de perdón a las víctimas del delito”, a la vez que ha abolido del Código toda mención al arrepentimiento, responde a demandas históricas en las que aquí tampoco cabe profundizar. Es derecho de cualquier ciudadano que cumpla condena poder progresar a grados menos draconianos bajo su buen comportamiento, y no está mal que el propio Código Penal establezca sus baremos, además de lo que determinen las leyes específicas de ejecución penal.

Relativo al tema de este texto, sin embargo, está la previsión de "*lenient sentence*" en algunos pocos delitos específicos, conexos con criminalidad organizada¹⁴¹. De esa forma, las figuras de excusas absolutorias, que ya estaban en la legislación desde 1973¹⁴², ahora **aparecen en el artículo 376¹⁴³, para delitos conexos con las drogas; en el 570 quáter, 4, para delitos de organización criminal; y en el 579 bis, 3, para delitos de terrorismo¹⁴⁴**. Pero tales disminuciones ponen de relieve al menos tres diferencias, comparadas con la delación premiada existente en Latinoamérica: (1) la lenidad es posible en pocos delitos, aunque sean delitos con características importantes; (2) la disminución de la pena es solo en grado, lo que anula la posibilidad de no aplicación de la sanción, aunque resulta una reducción muy relevante; (3) no hay una negociación previa con la fiscalía, como en un principio casi absoluto de oportunidad, sino una disminución posterior a la instrucción criminal. Otras figuras procesales, como la conformidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 801.3 LECrim), tienen naturalezas distintas.

En este último aspecto, se añaden dos observaciones, en pro de la seguridad jurídica. En primer lugar, el hecho de que la ley penal material disponga que, en el momento de reducir la pena al delator, el juez tenga que razonar la sentencia¹⁴⁵, explicando los motivos de su condescendencia. Eso refuerza que es el juez quien controla los límites de la rebaja de la pena, y que toda la sociedad merece conocer por qué se aplica a un individuo culpable una pena más baja de la inicialmente prevista en el tipo. En segundo lugar, recurriendo al derecho adjetivo, la cuestión de que la legislación procesal en España impone que se tome la declaración del reo como primer acto de la instrucción

¹⁴¹ Véase, adelante, 8.6

¹⁴² Véase, por ejemplo, del artículo 57, bis, de aquel Código de 1973, para supuestos de terrorismo.

¹⁴³ El 376 del CP fue alterado, por la LO 15/2003, para eliminar la obligación de presentación espontánea del delator a autoridades. La LO 1/2005 ha ampliado su aplicación a los arts. 361 a 367 CP (delitos relacionados a drogas).

¹⁴⁴ Hay otras medidas de exención de pena, como el 480 CP para la rebelión, el 462 para quien confiesa falso testimonio, el 426 para cohecho, el 225 bis 4º para sustracción de hijos menores.

¹⁴⁵ Véase, adelante, 8.10.1.

criminal¹⁴⁶, lo que le impide calcular con exactitud las pruebas que existen en su contra, es decir, le rebaja el nivel de información para la toma de decisiones¹⁴⁷. Esto aproxima mucho más sus actos de colaboración a la espontaneidad, como expresión de su personalidad, más que a una mera negociación. Aunque se trate de una cuestión procesal, en términos valorativos resulta relevante, pues impone límites a la práctica de la reducción de la pena.

Esas fronteras para los beneficios al delator son lo que ha permitido que el Tribunal Supremo de España ubique la delación del Código como una figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento¹⁴⁸, que autoriza —sin obligar— al juez a disminuir la pena en grados, siempre que se cumplan los requisitos legales. Un único fallo del Tribunal Supremo nos permite concluir que, para la corte suprema del país, (a) se debe utilizar la palabra ‘delación’ por su propiedad; (b) la finalidad es utilitaria; (c) solo algunos tipos de delitos merecen esta figura; y (d) el objetivo es debilitar las bandas delincuentes, no necesariamente acabar con ellas.

Siendo así, la *delación* en España no supone el preacuerdo procesal que caracteriza el *plea bargain*, lo que permite que el instituto siga algún patrón de clasificación dogmática dentro de los comportamientos posdelictivos positivos. Se enmarca, por tanto, en el tradicional poder, aunque limitado, del Estado para introducir mínimos baremos de compensación a aquellas acciones que hagan menos necesario el

¹⁴⁶ Esa observación está muy bien explicada en: NEYRA KAPPLER, S. I. Á. de. La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea. *Revista de Estudios Europeos*, n. extra 1, 2017, p. 46-54.

¹⁴⁷ Véase el nivel de información en los subtítulos de *Game Theory*, especialmente 2.9.1 y 2.9.8.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 115/2014 de 25 de febrero: “Como ya dijimos al analizar el motivo tercero del recurso del anterior acusado, el art. 376 del CP dogmáticamente —se configura como una figura intermedia entre el ‘arrepentimiento’ y el ‘desistimiento’—, que tiene una finalidad esencialmente práctica o **utilitaria** consistente en la **colaboración-delación** de quienes por dedicarse **a determinado genero de delincuencia, pueden contribuir a su debilitamiento** (STS 851/2004 de 2 de junio 6), cuya aplicación quede al libre arbitrio del tribunal, en cuanto se emplea la palabra ‘podrán’, sin perjuicio de que cuando lo apliquen habrán de motivarlo debidamente (SSTS 953/2006, 10 de octubre, 1050/1999, 18 de octubre).”.

castigo o que justifiquen su reducción en función del interés¹⁴⁹ persecutorio general¹⁵⁰. Sin embargo, esto no exime de la necesidad de establecer cuáles son los límites dentro de los cuales aún es posible sostener que el premio al *delator* permanece enmarcado en las circunstancias delictivas. Si estos límites se sobrepasan, se alteran las bases de la función de la pena.

Otro instituto aparece en España por creación jurisprudencial: se trata de la atenuante inominada del art. 21.7, establecida a partir de una analogía con la **confesión**¹⁵¹. Esta circunstancia específica será abordada con mayor detalle en el apartado 7, incluyendo sus implicaciones terminológicas.

En cualquier caso, el modelo español es matizado, ya que no configura una *delación* de carácter amplio, sino que parece mantenerse dentro de los límites de otras reducciones de pena basadas en la figura de la punibilidad. No obstante, sigue siendo necesario analizar si existe un equilibrio en las figuras del Código Penal español y cuáles

¹⁴⁹ Hace décadas, BACIGALUPO alertaba para la inexistencia de estudios profundizados sobre la punibilidad. “Es notable que las excusas absolutorias sean tan reconocidas por la teoría como poco fundamentadas. En realidad se trata de casos en los que su inclusión en la categoría de la punibilidad se decide, fundamentalmente, en razón de los efectos que de ellos se derivan, o sea, por un método que, en principio, carecería de toda legitimidad”. BACIGALUPO, E. *Delito y Punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983, p. 40. Aún así, la literatura española progresó en el tema, y ya hay clasificaciones bien propuestas, como de MORENO TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad en el Derecho Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, o, discutiendo la clasificación de Octavio García Pérez, el trabajo de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal Español. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M.; et. al. (coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 523-537.

¹⁵⁰ En este sentido, son muy ejemplificativas las afirmaciones de la STS 516/2013, de 20 de junio de 2013: “la razón de la misma [la rebaja de la pena por colaboración activa] no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. En las atenuantes ‘ex post facto’ el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP, pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados (...). Esta atenuante analógica se fundamenta en una cooperación del acusado con la autoridad judicial tras la detención de aquél en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados, reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción”. 3.3.2. Las recompensas procesales La aplicación al delincuente arrepentido de las excusas absolutorias o tipos atenuados expresamente previstos en ese Derecho Penal Premial, incluida la atenuante analógica de colaboración con la Justicia, requiere en todo caso de la celebración de un proceso penal y del dictado de una sentencia (aunque sea de conformidad). Sin embargo, y como quiera que la colaboración del acusado interesa fomentarla desde los inicios de la investigación judicial o policial como acicate para la obtención de nuevas pruebas, comienza a percibirse que el mejor premio a conceder al delator no es únicamente de tipo sustantivo (la atenuación de la pena, o bien su exención de responsabilidad penal) sino que también es de índole procesal. Vid. SSTS, Sala de lo Penal, de 23 de junio de 2004, 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2014. Véanse también SSTS, Sala de lo Penal, de 23 de junio de 2004, 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2014. Estas sentencias están referidas, en gran medida, en la obra de Ortiz Pradillo, aquí citada. Discrepo, sin embargo, de lo que dice sobre el 21.4, porque el 21.4 no habla, al menos hoy, de aportar en contra de ‘otros’.

¹⁵¹ Véase, también, 8.8.4.

serían las razones que justificarían eventuales modificaciones en la ley, en consonancia con la tendencia del sistema anglosajón y, más recientemente, del latinoamericano.

1.7 Autodelación y heterodelación

La locución ‘delación premiada’, en este estudio, está reservada al acto del individuo que proporciona informaciones sobre la participación de otros en el delito, cumpliendo con los requisitos de la ley. Como se verá, esa es la esencia del instituto, cuyo nivel más funcional se encuentra en las investigaciones de grandes organizaciones criminales o de terrorismo: aportar pruebas en contra de los individuos que son cointervinientes del delito o de la organización. En este desvelamiento de pruebas —evidentemente por una exigencia ética mínima— se incluye la confesión del delator sobre sus propios hechos delictivos¹⁵². Esto significa que la confesión completa y exhaustiva de sus acciones es un requisito de la delación premiada a nivel jurídico, debido a un condicionante ético: para recibir el beneficio de la rebaja de pena, el delator debe comenzar revelando su propia participación en los hechos¹⁵³. Sin embargo, en un nivel conceptual, la delación no implica necesariamente que el delator asuma los hechos de los que es acusado. Puede haber casos, a nivel procesal, en que el coimputado desee delatar pero no quiera asumir los cargos que se le imputan, ya que los considera falsos, exagerados o erróneamente tipificados. Estos son elementos que surgirán dentro del proceso¹⁵⁴.

Tales desequilibrios, sin embargo, confirman la existencia de una disyuntiva que aquí nos importa. La *autodelación* implica la asunción de los hechos por parte del imputado, lo cual incluye, como núcleo, la confesión de los hechos y la colaboración para que se comprueben en el proceso; la *heterodelación* implica que el individuo colabore en la persecución penal de otros que, en ocasiones, ni siquiera son parte del proceso penal.

¹⁵² Como se puede comentar en un momento más conclusivo, bien es verdad que, en la práctica, sí existen delatores que, en las negociaciones, consiguen el privilegio de *no* reconstituir toda la verdad acerca de sus propios hechos, o, como en el caso comentado en 1.6.1.

¹⁵³ Véase el llamado “derecho a la verdad” en el marco de la justicia transicional, en 7.1 y 7.8.

¹⁵⁴ Por desequilibrios como ése, algunos van a defender que la negociación de la pena es pieza clave de la delación. No lo es ontológicamente, pero sí funcionalmente, al ser la única manera en que se garantizan los derechos del delator a no perder su condición.

La autodelación o confesión no es objeto central de este trabajo, salvo en lo que respecta a su implicación como requisito legal del beneficio por heterodelación. Dicho de otro modo, la heterodelación, es decir, la delación a terceros, tiene características propias e innovadoras, suficientes para convertirse en un elemento ontológico y epistémico autónomo. No obstante, por razones funcionales, la aplicación jurídica de la heterodelación tiende a incluir la autodelación. Por lo tanto, cuando tratamos la delación premiada, consideramos un conjunto que abarca tanto la heterodelación como la autodelación, como parte de un sistema de verdad, aunque esta última no sea la más relevante. Como se va a plantear una situación excepcional para premiar al delator, es necesario dejar manifiesto desde ahora que la autodelación no se aproxima a esa condición extraordinaria, ya que sus valores son los ordinarios de un derecho que valora la economía procesal y, aunque no de manera expresa, las exteriorizaciones de arrepentimiento.

La autodelación, en su calidad de confesión, es ya un elemento tradicional del derecho penal latino-germánico, y en España no es diferente.

1.7.1 Heterodelación como análoga a la confesión: cuestiones cualitativas

La disminución de pena por la confesión es clásica en la Parte General de los Códigos Penales, y responde a requisitos que no guardan relación con la delación. En el Código Penal de España, la atenuante del artículo 21.4 se refiere a la confesión. El Tribunal Supremo, en la STS 403/2000, de 25 de enero, establece seis requisitos para la atenuante¹⁵⁵, entre ellos el requisito cronológico, que consiste en que "la confesión deberá

¹⁵⁵ En la STS 415/2000, de 15 de marzo se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial. En sus palabras: "3º. Ha de ser veraz en el sentido de que ha de contar con sinceridad todo lo ocurrido conforme él lo apreciara, sin ocultar nada importante y sin añadir datos falsos con los que pretendiera exculparse o exculpar a otros. Veracidad en lo sustancial, porque determinados matices o mentiras de orden menor pueden tolerarse" (p. 04).; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial. Así también retoma la misma doctrina la 1400/2005, de STS. 23.11.2005).

haberse realizado antes de que el confesante conozca que el procedimiento se dirige contra él", tal como reza el texto del vigente art. 21.4^a.

En una sentencia más reciente, sin embargo, el mismo Tribunal Supremo (STS 516/2013, de 20 de junio) intenta fundamentar la aplicación de la analogía (actual atenuante séptima del art. 21), explicando que ésta debe atender a la "existencia de una semejanza en el sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal"¹⁵⁶. Así, establece como circunstancia analógica a la confesión aquella que se da cuando ya existe una investigación contra el acusado (por lo que no se cumple el límite temporal), pero este aporta datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados¹⁵⁷. Entre los varios fundamentos de la analogía, se destaca que la colaboración del delator es "reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico, contrarrestando la anterior voluntad antijurídica manifestada al cometer la infracción" ¹⁵⁸

La Sentencia del Tribunal Supremo perfila, con referencia a otras decisiones, una enumeración de elementos que permiten la analogía de la heterodelación (sin previsión específica) con la autodelación o confesión. Al utilizar un permiso del propio Código para analogía, la decisión suprema —dicho a grandes rasgos— compensa la ausencia del requisito temporal exigido en la autodelación con las informaciones sobre otros agentes, creando así una atenuante por heterodelación¹⁵⁹. Como la heterodelación es la parte más

¹⁵⁶ En esse fragmento específico, recupera la Sentencia de esta Sala de 415/2000, de 20 de diciembre.

¹⁵⁷ (STS 516/2013, de 20 de junio) Por ello reiteradamente se ha acogido por esta Sala (STS. 10.3.2004), como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado (SSTS. 20.10.97 , 30.11.96 , 17.9.99). En efecto la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria. En las atenuantes "ex post facto" el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP . pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos "especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados (SSTS. 14.5.2001 , 24.7.2002), que la confesión sea veraz, aunque no es necesario que coincida en todo (SSTS. 136/2001 de 31.1 , 51/97 de 22.1), no puede apreciarse atenuación alguna cuando es tendenciosa, equivoca y falsa, exigiéndose que no oculta elementos relevantes y que no añade falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades (STS. 888/2006 de 20.9)".

¹⁵⁸ "Por tanto en aquellos casos en los que el reconocimiento tardío de los hechos va acompañado de la aportación de datos de objetiva y relevante utilidad para el integro esclarecimiento de los hechos, el fundamento de la atenuación no desaparece, admitiéndose esta modalidad de atenuación analógica" (SSTS. 1063/2009 de 29.10).

¹⁵⁹ REINARES NESTARES, F. ¿Negociar con terroristas?. *Claves de razón práctica*, n. 71, p. 38-43, 1997.

relevante del instituto de que aquí se ocupa, se establece entonces una atenuante por *delación premiada*.

Esta posibilidad es jurídicamente posible. No obstante, sería un error proponer que la heterodelación es una simple extensión de la confesión. Existen **diferencias cualitativas** que se abordarán a lo largo de esta monografía: la heterodelación genera más derecho penal, no necesariamente aporta la verdad plena, no siempre contribuye a la agilización del proceso (en muchos casos sucede lo contrario) y, si bien puede colaborar con la restauración del orden jurídico, lo hace mediante la inculpación de terceros, lo que da causa a conflicto de valores¹⁶⁰.

Es decir, la decisión jurisprudencial de aproximar la confesión (autodelación) y la heterodelación es una *analogía in bonam partem* y resulta funcional para el Estado en su conjunto. Conceptualmente, sin embargo, es imposible equiparar ambas figuras.

1.8 Preguntas-problema

En este momento, se pueden presentar las principales interrogantes que aparecerán como preguntas-problema de esta monografía. Estas, con el desarrollo de los fundamentos de cada capítulo, implicarán nuevas dudas que deberán ser respondidas en su momento¹⁶¹. El objetivo principal es determinar si es posible encontrar la (1) legitimidad del beneficio al delator sin sacrificar el derecho penal como sistema. Posteriormente, surgen preguntas derivadas, como (2) los límites de la interpersonalidad de la pena y el retardo temporal de las consecuencias esperadas de la delación.

Asimismo, las cuestiones específicas de (3) si el Estado puede recompensar a quien traicionó a su grupo¹⁶² y (4) cuál es el lugar de la dogmática en el sistema premial también se plantean desde ahora y deberán encontrar su respuesta antes del final de este trabajo.

¹⁶⁰ No se puede dejar de admitir que la sentencia conlleva su razón cuando observa que la confesión es reforzada por la interpretación contrario sensu del “6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”, que la ley del 2010 insertó en el Código Penal.

¹⁶¹ En 8.2, esas preguntas serán reformuladas, solo en nombre de mejor exposición, teniendo en vista lo que se ha acrecido en los capítulos.

¹⁶² A partir del ‘desfase ético’ a que nos referimos em 1.3.

1.9 Conclusión

La afirmación de que la delación premiada pertenece al derecho penal material y no al derecho procesal trasciende una simple relación epistemológica interna. Aunque es cierto que surge como una herramienta práctica y procedimental, sus consecuencias en la pena la sitúan directamente dentro del derecho sustantivo.

Esto implica reconocer que disfrazarla como un simple elemento de oportunidad procesal podría, en cierto modo, vulnerar la garantía constitucional de proporcionalidad entre pena y delito. Si se admite exclusivamente como derecho procesal, como instrumento para la obtención de pruebas combinado con el principio de oportunidad, se estaría creando un verdadero derecho penal paralelo y oculto, en el que las reglas de la Constitución y del Código Penal, tanto en su parte general como en su parte especial, se verían subvertidas.

La tarea aquí es intentar integrar esa primera índole instrumental de la delación premiada en el conjunto de valores del ordenamiento jurídico, especialmente en el marco de la Parte General de los códigos penales iberoamericanos, aunque también las Partes Especiales y las legislaciones penales especiales formen parte de ese mismo sistema valorativo. Estos valores, a su vez, hacen que la diferencia entre delación y colaboración no sea una cuestión de sinonimia sin consecuencias. En la delación premiada existen conflictos que pueden no estar presentes en la colaboración genérica. De este modo, se logra integrar la delación en el sistema jurídico-penal tradicional, notoriamente a través de la figura dogmática de la punibilidad.

No obstante, puede haber ocasiones en las que esa coherencia sea difícil de alcanzar, especialmente en los casos en que se otorga un beneficio más extremo al delator, como ocurre en las legislaciones de América, tanto en su parte anglosajona como en América Latina. Cuando se identifique dicha falta de coherencia, será necesario explicar el fenómeno desde su nueva naturaleza jurídica.

Los capítulos siguientes justificarán el beneficio otorgado al delator y, posteriormente, establecerán los límites de su legitimidad. Esto tendrá un efecto práctico evidente, ya que una delación no legítima, a medio y largo plazo, tiende a ser anulada por

el propio sistema jurídico, salvo que se admita, sin mayor fundamento, un cambio total de paradigma¹⁶³, que deje de ver el delito como ente jurídico y asuma una situación originaria de combate, lo cual no parece ser el caso¹⁶⁴.

¹⁶³ Aquí, evidentemente, utilizamos la noción de paradigma como modo consolidación de las ciencias humanas, a partir de Kuhn: KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de cultura económica, 2019.

¹⁶⁴ Véase, en conclusiones, 8.13.

CAPÍTULO 02: FUNDAMENTOS DEL UTILITARISMO

2.1 Introducción

Las bases de la delación premiada radican en el intercambio entre la reducción de la pena impuesta al delator y las ventajas obtenidas mediante el incremento de la pena a los cointervinientes o, alternativamente, a través de la contención y reducción de los efectos del delito¹⁶⁵. A modo de introducción, esto aproxima la delación a un razonamiento utilitarista: se disminuye la pena del delator para maximizar la imposición punitiva sobre los delatados, en el marco de un sistema de alienación del castigo que denominamos interpersonalidad de la pena. Desde la perspectiva del Estado, la reducción de la pena concedida al delator, que se asume cumpliría su función, se compensa con la inocuización de los miembros más peligrosos de la delincuencia organizada o, en determinados casos, con la recuperación de activos.

Tal sistema de cuantificación de resultados a costa del perdón parcial de la pena debida por el delito encuentra, dentro del sistema penal latino-germánico, una resistencia considerable. En términos metodológicos, sin embargo, esto implica que el estudio de la delación tiene la obligación de conocer, al menos, los fundamentos y variantes del pensamiento que más se aproximan a este juego de ampliación de resultados: el utilitarismo.

La corriente utilitarista, no obstante, no puede reducirse a una premisa de maximización de resultados en función de los objetivos de un pueblo o nación¹⁶⁶, ya que

¹⁶⁵ Véase 1.5.3.

¹⁶⁶ La crítica aquí es inmediata: usar la “política criminal del estado”, que aparece en la ley colombiana, por ejemplo, no difiere mucho de ese vago ‘bien común’ (véase, atrás, 1.6.2).

su proceso de creación y autocrítica le otorgan múltiples sentidos, todos ellos aplicables, por vía de consecuencia, a la delación premiada.

Este capítulo intenta recorrer los múltiples sentidos del utilitarismo y plantea una pregunta-problema cuya respuesta debe formularse con rigor: ¿el utilitarismo es un sistema filosófico o simplemente un modo de razonamiento económico que busca maximizar ganancias? Si esto último fuera cierto, el utilitarismo no podría configurarse como suficiente para sostener el derecho penal. Esto se debe a que la aplicación general de pena carecería de valor intrínseco, mucho menos como algo escalonable, y la disminución de la criminalidad, aunque se considere un objetivo, tampoco estaría exenta de límites.

Todo ello implica profundizar en lo que se denomina filosofía utilitarista para encontrar sentido en el premio al delator.

2.2 El utilitarismo simbólico: *Tanto monta* y otras remisiones

Para un primer acercamiento al utilitarismo, se puede comenzar con su simplificación para el sentido común, frecuentemente aplicada a la delación: la idea de que los fines justifican los medios. Como ilustración de este pensamiento, está la frase que formó parte del escudo nacional de España durante mucho tiempo¹⁶⁷: "tanto monta". No es coincidencia que ella se refiera a lo que aquí se defiende como el contexto general de la delación premiada: la expansión del Estado a través de la guerra¹⁶⁸.

Algunos historiadores han criticado, con razón, el escaso valor que se le otorga en la historiografía moderna a la interpretación de la heráldica. Más que una elección momentánea, el escudo revela el vínculo de quien lo formula con una misión o filosofía.

¹⁶⁷ "Pocos reyes han hecho tanto uso de sus insignias representativas como los Reyes Católicos. Y eso ocurrió desde muy temprano de su reinado. Recordemos que se casaron en 1469, que fueron reyes de Castilla desde 1474 y que la reina vivió hasta 1504. El rey Fernando vivió hasta 1516. Sorprende que en los treinta años que van desde el inicio de su reinado hasta la muerte de la reina, pudieran dejar tantísimos testimonios de sus enseñas y divisas en todo tipo de soportes". LÓPEZ POZA, S. Empresas o divisas de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón (los Reyes Católicos). *Janus: estudios sobre el Siglo de Oro*, n. 01, 2012, p. 07.

¹⁶⁸ Hay autores que indican que, más que revitalizar la idea original del nudo gordiano, la razón para que Fernando inscribiera el mote en su escudo de armas está en evocar para sí la leyenda conquistadora del Macedonio: "Para Gil la intención es mostrar su emulación con Alejandro Magno, capaz de cumplir una profecía de manera insólita, lo que en tiempo de Fernando equivaldría a reconquistar Tierra Santa, viejo anhelo de la cristiandad de su tiempo" *Idem*, p. 10.

En el caso analizado, los Reyes Católicos decidieron mantener el lema por su significado más profundo, probablemente elegido y elucidado por el intelectual Nebrija¹⁶⁹. El lema "tanto monta" y el dibujo de la soga con el nudo gordiano cortado por una espada, con toda la connotación que ello conlleva.

Aunque existe la tesis de que el lema *Tanto monta*, después de la Concordia de Segovia, está basado en un mensaje de que el poder entre ambos monarcas está dividido por igual¹⁷⁰, no se puede concordar con ella si se tiene en consideración lo que representa el nudo gordiano: el símbolo hace referencia al hecho de que Alejandro Magno solucionó

¹⁶⁹Conforme a Menéndez, la Reina usaba el águila desde antes de casarse; solo el rey tenía el nudo gordiano cortado con el mote "Tanto monta". Es casi un consenso entre los estudiosos que esta indicación proviene de Nebrija, un intelectual influyente en la Corte de Fernando, MENÉNDEZ PIDAL, F. Tanto Monta: el escudo de los reyes católicos. In: *Isabel la Católica, vista desde la Academia*. Taravilla: Real Academia de la Historia, 2005. El autor, tras criticar el hecho de que la Historiografía Moderna rechaza los estudios de la Heráldica desde el siglo XVII (p. 99), estudia los escudos de los Reyes Católicos, en los cuales "se hicieron muy numerosas representaciones de su escudo de armas" (p. 100). Doña Isabel y Don Fernando acuerdan la ordenación de sus armas y de sus títulos en la llamada Concordia de Segovia, concluida el 15 de enero de 1475, con la intervención del Cardenal de España Don Pero González de Mendoza y el Arzobispo Toledano Alfonso Carrillo. Documenta que en la Capilla Real de Granada se conservan dos notables pendones de la Banda, con los colores acostumbrados. En uno, la Banda aparece acompañada por dos Haces de flechas; en el otro, por un yugo y el "Tanto Monta". Y explica: "Como hemos visto, la Reina usaba el águila desde antes de casarse; solo del rey era el nudo gordiano cortado en el 'alma' o mote 'Tanto monta'. Probablemente solo esta fue la invención de Nebrija, según dice Paulo Jovio, pero los autores posteriores suelen hablar de todas en conjunto, como si también se le debieran el yugo y las flechas" (p. 135). También en el Alcázar de Sevilla estará el "Tanto Monta" (p. 137).

¹⁷⁰ Juan Antonio González Iglesias (1994) cree que las palabras que Quinto Curcio pone en boca de Alejandro Magno en el momento de cortar el nudo: NIHIL INTEREST QUOMODO SOLUANTUR (Quinto Curcio Rufo, 3, 1, 14-18) son las que sirvieron de base a Nebrija para idear la empresa y las relaciona con la *Concordia de Segovia*, oponiéndose al planteamiento de Aguado Bleye. Menciona el texto del *Repartimiento de Ronda* de 1485 en que los Reyes Católicos conceden a la ciudad «el yugo dorado con las coyundas de plata» como símbolo. Para González Iglesias el lema admite dos niveles de interpretación (el yugo y lema como empresa exclusiva de Fernando y la expresión de igualdad entre los reyes) pero uno no excluye al otro; son compatibles y complementarios. LÓPEZ POZA, S. Empresas o divisas..., *cit.*, p. 09.

el problema del nudo con la espada¹⁷¹¹⁷², porque *tanto monta cortar como desatar*, cuando se alcanza el fin pretendido¹⁷³.

La mitología griega, por su parte, siempre proporcionará elementos que concuerdan más con las filosofías y las acciones. Según la mitología, al morir el rey de Frigia sin descendencia, un oráculo anunció que el nuevo rey estaba en camino, sentado en una carreta de bueyes. Cuando el carro de bueyes entró en la plaza del mercado de Telmis, un águila atrajo inmediatamente la atención popular y Gordio fue aclamado rey por unanimidad¹⁷⁴. En agradecimiento, dedicó el carro a Zeus, junto con su yugo, que había anudado de una manera peculiar. Un oráculo local declaró entonces que quien descubriera cómo desatar el nudo se convertiría en el señor de toda Asia. El yugo fue guardado en la Acrópolis de Gordium, ciudad fundada por Gordio, donde los sacerdotes de Zeus lo custodiaron durante siglos, hasta que Alejandro el Macedonio cortó el nudo con su espada.

El hecho es que la historia de Alejandro Magno, al despreciar todo el misterio antológico del modo de desatar el nudo, una vez alcanzado su objetivo final – tomar la ciudad –, perpetuó la lección del gran conquistador: la de que el resultado final justifica los medios empleados. En términos contextuales, habría que añadir también el elemento

¹⁷¹ Véase: ROLLER, L. E. Midas and the Gordian Knot. *Classical Antiquity*, v. 03, n. 02, p. 256-271, 1984. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/25010818>, Both Roller and Fredricksmeyer (1961) offer persuasive arguments that the original name associated with the wagon is "Midas", "Gordias" being a Greek back-formation from the site name *Gordion*, according to Rolle. El origen del nudo se explica de modo sucinto en Graves: "Meanwhile, the King of Phrygia had died suddenly, without issue, and an oracle announced: 'Phrygians, your new king is approaching with his bride, seated in an ox-cart!' When the ox-cart entered the market place of Telmissus, the eagle at once attracted popular attention, and Gordius was unanimously acclaimed king. In gratitude, he dedicated the cart to Zeus, together with its yoke, which he had knotted to the pole in a peculiar manner. An oracle then declared that whoever discovered how to untie the knot would become the lord of all Asia. Yoke and pole were consequently laid up in the Acropolis at Gordium, a city which Gordius had founded, where the priests of Zeus guarded them jealously for centuries—until Alexander the Macedonian petulantly cut the knot with his sword". GRAVES, R. *The Greek Myths*. New York: Penguin, 1960, p. 165.

¹⁷² Hay que poner de manifiesto que existe otra versión de la historia. Arrian y Plutarco dicen que Aristoboulos ofrecía un relato alternativo, en que "Alexander did not cut the knot but instead took out the peg that fastened the knot in the place". Desde luego, una versión realza la fuerza, mientras "unfastening the peg signaled his superior intelligence". BURKE, B. Anatolian Origins of the Gordian Knot Legend. In: *Greek, Roman, and Byzantine Studies* 42, p. 255–261, 2002, p. 257.

¹⁷³ Otra postura destacada es la de Tarsicio de Azcona (1993, 149) que analiza lo que denomina «El manoseado lema TANTO MONTA. Su sentido verdadero» y niega que tenga que ver con la compenetración de la pareja. La considera una empresa personal de Fernando unida a un «nudo, lazo o maraña» que, siendo difícil de desatar, resulta fácil cortarlo de un tajo, como hizo Alejandro Magno. El sentido del mote significa entonces que da igual cortar que desatar si se consigue el fin pretendido. LÓPEZ POZA, S. *Empresas o divisas...*, cit., p. 10.

¹⁷⁴ Sobre el papel 'sobrenatural', de Zeus en el episodio, véase: BURKE, B. *Anatolian Origins...*, cit., p. 258-259.

ad *personae* del proceso: quien adoptaba el pragmatismo no era uno cualquiera, sino quien ya tenía en su historial la conquista de casi toda Grecia en su tiempo.

El imaginario del utilitarismo tiene que ver con el pragmatismo asociado al resultado que se busca, pero la figura del *tanto monta* no puede ser asociada a un utilitarismo por antonomasia. Es necesario conocer una gama más amplia de argumentos que constituyen el pensamiento que hoy se apunta como utilitarista, y así servirá a la comprensión del premio al delator, objeto de esta monografía. Para seguir en la ilustración, en 1829, cuando Jeremy Bentham escribió sobre los orígenes del utilitarismo como contribución al debate entre las revisiones de Edimburgo y Westminster sobre el principio de utilidad, atribuyó la primera referencia al principio a un pasaje de las Sátiras de Horacio: "*utilitas, iusti prope mater et aequi*" (en traducción literal, "utilidad, la madre de la justicia y la equidad")¹⁷⁵. La elección de Horacio es digna de respeto, pero, a día de hoy, los autores de la Filosofía encontrarán fundamento anterior, en la tradición epicúrea¹⁷⁶.

Por ejemplo, Helvetius incluyó una referencia al gran poema epicúreo de Lucrecio, *De Rerum Natura*, en la portada de *De l'esprit*¹⁷⁷. Por otra parte, Bentham podría haber mencionado, como haría John Stuart Mill una generación más tarde, la discusión sobre el placer y el dolor en el Protágoras de Platón u otros diálogos platónicos¹⁷⁸.

¹⁷⁵ "In 1829 when Jeremy Bentham wrote on the origin of utilitarianism as a contribution to the debate between the Edinburgh and Westminster reviews concerning the principle of utility, he ascribed the first reference to the principle to a passage in Horace's Satires: '*utilitas, iusti prope mater et aequi*' ('utility, the mother of justice and equity'). ROSEN, F, *Classical Utilitarianism: from Hume to Mill*, London: Routledge, 2003, p 15

¹⁷⁶ Bentham parece reacio en sus primeros años a asociarse publicamente con el epicureísmo. Véase: BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, with a new introduction by F. Rosen, CW. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 19. Su actitud parece haber cambiado en los últimos años, especialmente después de que Frances Wright (WRIGHT, F. *A Few Days in Athens, Being The Translation of a Greek Manuscript Discovered in Herculaneum*. London: Longman, Hurst, Rees, Orme, and Brown, 1822) dedicó su libro Epicúreo a Bentham. Véase: BENTHAM, J. *The Correspondence of Jeremy Bentham*. ed. C. Fuller, CW. v. 11, 1822-1824. Oxford: Clarendon Press, 2000, p. 38. Mas veja também uma referência anterior em BENTHAM, J. *The Correspondence of Jeremy Bentham*. v. 10, 1820-1821. ed. S. Conway, CW. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 82-83. Compare la referencia de Mill en Utilitarismo a una clara tradición desde Epicuro a Bentham que asocia utilidad con placer (MILL, J. S. *Essays on Ethics, Religion and Society*. ed. J.M. Robson, CWM. v. 10. Toronto: University of Toronto Press, 1969. p. 209; MILL, J. S. *Journals and Debating Speeches*. 2 v. ed. J. M. Robson, CWM. v. 26-27. Toronto: University of Toronto Press, 1998, p. 54).

¹⁷⁷ HELVÉTIUS, C. A. *De l'esprit*. ed. J. Moutaux. Paris: Fayard, 1988, p. 7.

¹⁷⁸ MILL, J. S. *Essays on Philosophy and the Classics*. ed. J.M. Robson, CWM. v. 11. Toronto: University of Toronto Press, 1978. p. 61, 391 e 418-420.

En su caso, la elección del verso de Horacio no es arbitraria. Al utilizar un pasaje que relacionaba el principio de utilidad con la justicia, Bentham estaba señalando la conexión de la utilidad que lo situaba en medio de las discusiones sobre la virtud y la justicia. En el discurso de Horacio, era la conexión entre utilidad y justicia lo que se estaba enfatizando y no una conexión entre utilidad y hedonismo, como cabría esperar, por ejemplo, de las primeras líneas de la *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*¹⁷⁹. Además, se enfatizaba la utilidad como lógicamente previa y como base o fuente de las ideas de justicia y equidad, y Horacio parecía negar que la justicia se basara en cualquier otro fundamento.

Bentham no fue en absoluto el primer filósofo que se ha remitido a Horacio. Aunque Bentham no había visto la referencia, David Hume empleó el pasaje en una importante carta a Francis Hutcheson, escrita en 1739, en la que discrepaba del planteamiento de Hutcheson sobre la virtud¹⁸⁰. Para entender por qué Bentham y Hume invocaron el pasaje de Horacio, y por qué Hume parecía asociar a Grocio y Pufendorf con él, será fructífero examinar el papel de la utilidad, en primer lugar, en los antiguos escritos epicúreos y, en segundo lugar, en algunas de las tantas obras que acompañaron el renacimiento del epicureísmo en el siglo XVII.

2.2.1 El utilitarismo premoderno: el epicureísmo

Leyendo los escritos conservados de Epicuro (341 a.C.-271 a.C.), quien fundó su escuela en Atenas en el año 306 a.C., se encuentra poca relación directa con la conexión

¹⁷⁹ BENTHAM, J. *An Introduction...*, cit., p. 11.

¹⁸⁰ “I cannot agree to your Sense of Natural. Tis founded on final Causes; which is a Consideration, that appears to me pretty uncertain & unphilosophical. For pray, what is the End of Man? Is he created for Happiness or for Virtue? For this Life or for the next? For himself or for his Maker? Your Definition of Natural depends upon solving these Questions, which are endless, & quite wide of my Purpose. I have never call’d Justice unnatural, but only artificial. Atque ipsa utilitas justi prope mater et aequi. Says one of the best Moralists of Antiquity. Grotius & Puffendorf, to be consistent, must assert the same”. HUME, D. *The Letters of David Hume*. Oxford: Clarendon Press, 1932, p. i.33. Sobre esta passagem e a relação de Hume com Francis Hutcheson, ver: MOORE, J. *Natural Law and the Pyrrhonian Controversy*. In: JONES, P. (ed.). *Philosophy and Science in the Scottish Enlightenment*. Edinburgh: John Donald, 1988, p. 33-. No todos los que mencionaron a Horacio lo veían estableciendo una posición epicúrea. Shaftesbury, por ejemplo, concedió que algunas de las líneas de la filosofía de Horacio ‘have the air of an epicurean Discipline and Lucretian Stile, yet, by the whole taken together’, ele não era um epicurista. COOPER, A. A. *Characteristicks of Men, Manners, Opinions, Times*. 2 v. 3rd Earl of Shaftesbury, ed. P. Ayres. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. ii.225. Vease también: RIVERS, I. *Reason, Grace, and Sentiment: A Study of the Language of Religion and Ethics in England 1660–1780*. Shaftesbury to Hume. v. II. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 92–93.

entre utilidad y justicia¹⁸¹. La virtud (incluida la justicia) no pretendía limitar el placer. Según Bailey¹⁸², el epicureísmo era "un sistema de hedonismo egoísta intransigente" y de autorregulación. En palabras de Scarre¹⁸³, al igual que la comunidad epicúrea practicaba la autosuficiencia económica dentro de los muros de su jardín, el hombre epicúreo cultivaba una autosuficiencia interior, un contento en sus propios estados físicos y mentales y una supresión de los deseos innecesarios. El único placer perfecto era una condición de *ataraxia* en la que se vivía pacífica y serenamente, con salud corporal y escaso sufrimiento físico o psíquico¹⁸⁴.

Aunque ningún placer era esencialmente malo, algunos eran más puros (implicaban menos dolor) que otros, siendo los placeres estáticos más puros que los activos. DeWitt¹⁸⁵ subraya la conexión establecida por Epicuro entre placer y salud, y dolor y enfermedad, lo que le permitió superar las discusiones encontradas en Platón y Aristóteles sobre los placeres buenos y malos. Todos los placeres eran buenos en el sentido de que la salud era buena, aunque algunos placeres se mezclaban para incorporar

¹⁸¹ Ni siquiera los comentaristas prestaron mucha atención al tema. Véase, por ejemplo, SCARRE, G. Epicurus as a Forerunner of Utilitarianism. *Utilitas*, v. 6, p. 219–31, 1994; y SCARRE, G. *Utilitarianism*. London: Routledge, 1996. p. 39–47. Para una excepción, véase ALBERTI, A. The Epicurean Theory of Law and Justice. In: LAKS, A.; SCHOFIELD, M. (eds). *Justice and Generosity, Studies in Hellenistic Social and Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 161–190. Para consultar los escritos conservados de Epicuro, véase EPICURUS. *Epicurus, The Extant Remains*. Traducción: Cyril Bailey. Oxford: Clarendon Press, 1929. EWING, A. *The Morality of Punishment, with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*. London: Kegan Paul, 1926.

¹⁸² Según Bailey, Epicurus tendría que lidiar con "The paradox that altruism is, after all, only a higher form of egoism, but most modern hedonistic systems have preferred to abandon egoism in favour of a social utilitarianism aiming at the 'greatest happiness of the greatest number'. Epicurus, however, is prepared to stand by his principles and take their consequences. He does not flinch from the ugly sound and evil reputations of certain forms of selfishness." BAILEY, C. *The Greek Atomists and Epicurus*. New York: Russell & Russell, 1928, pp. 527–528

¹⁸³ "But what did the historical Epicurus really teach? First and foremost, that we should live a simple life in accordance with nature, and that we obey her when 'we fulfil the necessary desires and also the physical, if they bring no harm to us, but sternly reject the harmful' (Epicurus 1926:109). He believed that living well is living pleasantly, 'for we recognise pleasure as the first good innate in us, and from pleasure we begin every act and avoidance, and to pleasure we return again, using the feeling as the standard by which we judge every good' SCARRE, G. *Utilitarianism*. London: Routledge, 1996. p. 40.

¹⁸⁴ DEWITT, N. W. *Epicurus and his Philosophy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954, p. 226, señaló que: "The word ataraxy implies a metaphor derived from the sea and the weather. One of the original synonyms is 'calm', galenismos, of which the proper application is to the sea, tranquillitas in Latin. The turmoils of the soul are specifically compared by Epicurus to storms and squalls at sea. The chief causes of the soul's turmoils are unreasonable fears concerning the gods and death and ignorance of the natural limits of pleasure and pain. If a man has attained to true knowledge of these things and keeps his emotions within their natural limits, the reward is comparable to the peace 'which passeth all understanding'".

¹⁸⁵ *Idem*, p. 217.

o causar dolor. Puesto que la salud era buena, la vida misma se convirtió en el mayor bien, siendo la enfermedad (del cuerpo o del alma) el mayor mal¹⁸⁶.

El mayor placer se definía por la eliminación de todo dolor¹⁸⁷, por lo que el epicúreo vivía tranquila y apaciblemente en el Jardín real o metafórico. La virtud más importante para Epicuro era la prudencia¹⁸⁸, y aunque se hacía mucho hincapié en los placeres egoístas vinculados a la amistad, se prestaba poca atención a los valores sociales e instintos¹⁸⁹.

La justicia entró en el sistema de Epicuro como un medio de obtener seguridad contra los ataques externos. En unas escasas observaciones, Epicuro presentó una concepción de la justicia que describió como "una promesa de ventaja mutua [sumbolon tou sumpherontos] para evitar que los hombres se hagan daño mutuamente y salvarlos de ser heridos"¹⁹⁰. El verbo "sumphero" puede traducirse en algunas de sus formas como "ventaja mutua", "útil", "provechoso". En otro lugar, Epicuro habla de la justicia como de una "ventaja en las exigencias de las relaciones de los hombres entre sí" y utiliza la expresión griega "sumpherei en tais chreiais" para "ventaja en las exigencias"¹⁹¹. El sustantivo griego "*chreia*" también tiene varios significados y puede traducirse como "necesidad", "uso" o "utilidad".

El punto clave es que la justicia no se consideraba una virtud en el sentido de que pudiéramos descubrir sus propiedades inmutables e inalterables en el alma humana, como en la República de Platón. No era deseable por sí misma, sino que era algo planeado por

¹⁸⁶ Esta conexión condujo a la distinción entre placeres estáticos y cinéticos que DEWITT, N. W. *Epicurus and his Philosophy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954, p. 233, lo describió así: "let it be granted that the escape from a violent death is the greatest of joys and the inference must follow that the possession of life at other times cannot rank greatly lower. Similarly, if the recovery from a dangerous illness be a cause for joy, manifestly the possession of health ought to be a joy at other times. Nevertheless the two pleasures differ from one another and it was in recognition of the difference that Epicurus instituted the distinction between kinetic and static pleasures. The difference is one of intensity or, as Epicurus would have said, of condensation. At one time the pleasure is condensed, at another, extended. In other words the same pleasure may be either kinetic or static. If condensed, it is kinetic; if extended, it is static".

¹⁸⁷ Véase LONG, D. "Utility" and the "Utility Principle": Hume, Smith, Bentham, Mill'. *Utilitas*, v. 2, p. 12–39, 1990, p. 12–13; e CÍCERO. *De Finibus Bonorum et Malorum*. ed. H. Rackham. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 40–41.

¹⁸⁸ DEWITT, N. W. *Epicurus...*, cit., p. 222.

¹⁸⁹ En comparación, como BAILEY, C. *The Greek Atomists and Epicurus*. Oxford: Clarendon Press, 1928, p. 528, señaló, 'most modern hedonistic systems have preferred to abandon egoism in favour of a social utilitarianism aiming at the "greatest happiness of the greatest number".' Véase también: CÍCERO, cit., p. 68.

¹⁹⁰ EPICURUS. *Epicurus, The Extant Remains*. Traducción: Cyrill Bailey. Oxford: Clarendon Press, 1929. EWING, A. *The Morality of Punishment, with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*. London: Kegan Paul, 1926, p. 102–103.

¹⁹¹ *Idem*, p. 102–105.

artificio para la conveniencia humana. Para aquellas sociedades, de hecho, para todas las criaturas vivientes que eran incapaces de hacer pactos para no dañarse mutuamente, nada era justo ni injusto¹⁹².

Aunque la justicia se aplicaba potencialmente a todos exigiendo, cuando existían pactos, que nadie perjudicara a los demás, esa justicia puede aplicarse de forma diferente en sociedades distintas y en circunstancias variadas¹⁹³. Cuando una ley que antes se consideraba justa¹⁹⁴ ya no tenía ninguna utilidad o ventaja garantizada, simplemente dejaba de ser justa. Alberti¹⁹⁵ escribió sobre este pacto que "la justicia es la realización de la utilidad mediante un contrato". El énfasis en la utilidad, en su opinión, permite separar la ley de la justicia (rechazando la opinión, que se encuentra en Platón y Aristóteles, de que toda ley es justa) y conduce a una noción de justicia que es diferente del *nomos* (visto como justicia legal) y de la *physis* (o justicia natural)¹⁹⁶.

Por lo tanto, no había nada arbitrario en vincular la ley a la utilidad. Por muy relativa que fuera la utilidad, tanto a las circunstancias como a la condición peculiar del individuo, podía no obstante proporcionar una base objetiva y racional para la ley y una perspectiva desde la que evaluar su valor¹⁹⁷.

Sin embargo, incluso esta concepción limitada de la justicia era menos universal de lo que se ha indicado hasta ahora. La justicia era una invención de los sabios para su propio beneficio. En resumen, como Epicuro resumió las cosas con una franqueza casi brutal, las leyes existen por el bien de los sabios, no para que no cometan errores, sino para que no puedan sufrir¹⁹⁸. La ley y la justicia eran cuestiones de conveniencia concebidas y aprobadas por los sabios. Cuando eran inconvenientes, las leyes podían ser fácilmente ignoradas o violadas (especialmente si se podía evitar su detección), ya que la justicia existía sólo por lo que se podía obtener del sistema.

¹⁹² *Idem*, p. 102.

¹⁹³ *Idem*, p. 103

¹⁹⁴ *Idem*, p. 104-105.

¹⁹⁵ ALBERTI, A. *The Epicurean Theory of Law and Justice*, *cit.*, p. 169.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 162. En este sentido, la autora escribió: "For utility is, in Epicureanism, a real state of the world. A particular action, such as abstaining from certain pleasures or from harming one's own kind, really is useful, in particular circumstances, for the realization of the agent's goals. That is, utility is, in those particular circumstances, a real property of that action". *Idem*, p. 171.

¹⁹⁷ Véase: Para Alberti, Epicuro determina que la función de ley es "function is to permit the realization of individual utility". ALBERTI, A. *The Epicurean Theory of Law and Justice*, *cit.*, p. 175, 178-179 e 187-8.

¹⁹⁸ BAILEY, C. *The Greek Atomists and Epicurus*. Oxford: Clarendon Press, 1928, p. 514.

Epicuro no tenía ninguna razón para hacer de la justicia una parte positiva de la condición humana, salvo que permitía obtener "tranquilidad de espíritu"¹⁹⁹. Representaba una carga y, en su aplicación como castigo, la justicia podía representar dolor. Lo único que podía recomendarla era su utilidad para los sabios. Otros miembros de la sociedad pueden haber invertido menos en la justicia, ya que no cultivaban sus jardines (internos y externos) como los epicúreos, y es muy posible que obtuvieran menos beneficios de las reglas sobre no dañar a los demás. Sin embargo, mientras aceptaran el pacto, se ayudarían a sí mismos, además de no perjudicar a los sabios de la sociedad.

El conocimiento actual de la teoría de Epicuro sobre la justicia y la utilidad se basa en un pequeño conjunto de material restante, aunque puede considerarse completado por el majestuoso poema de Lucrecio²⁰⁰. Lucrecio no rechazó ninguna de las doctrinas epicúreas sobre la justicia y la utilidad. Desarrolló algunas de ellas y proporcionó un importante relato sobre el estado prepolítico y la formación de la sociedad política en el libro quinto de dicha obra. Además, Lucrecio desarrolló el atomismo de Epicuro, que compartía en cierta medida con el de Demócrito²⁰¹ y que constituyó, a principios de la Edad Moderna, un serio desafío a la concepción escolástica de la naturaleza y del universo.

2.1.1.1 Gassendi y el epicureísmo moderno

El renacimiento del epicureísmo en el siglo XVII se inscribe en el marco de los cuestionamientos a la naturaleza y la moral de la filosofía escolástica, una controversia asociada a pensadores como René Descartes y Pierre Gassendi. En este renacimiento, Gassendi desempeñó un papel crucial al reafirmar las doctrinas de Epicuro, especialmente su atomismo, e influir en diversos filósofos de Francia y Gran Bretaña²⁰². Un estudioso

¹⁹⁹ DEWITT, N. W. *Epicurus ...*, cit., p. 297.

²⁰⁰ Véase: CLAY, D. *Lucretius and Epicurus*. Ithaca and London: Cornell University Press, p. 345-353, 1983. Como indica Armstrong, "Lucretius claims that Epicurus was the first to reveal what is truly beneficial for us (III.1-2) and the first to discover the correct philosophy of life (V.9-10)" ARMSTRONG, J.M., Epicurean Justice, *Phronesis* 42.3 (1997): 324-334, p. 330

²⁰¹ Véase LONG, D. "Utility"..., cit., p. 37-38; e TAYLOR, C. C.W. 'Democritus'. In: ROWE, C.; SCHOFIELD, M. (edi.). *Greek and Roman Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 125-127.

²⁰² Véase VAUGHAN, F. *The Tradition of Political Hedonism from Hobbes to J.S. Mill*. New York: Fordham University Press, 1982, p. 43; SPINK, J. S. *French Free-Thought from Gassendi to Voltaire*. London: Athlone Press, 1960, p. 85-102.

ha señalado que entre 1650 y 1700 se publicaron en Inglaterra al menos trece libros que trataban específicamente de Epicuro o Lucrecio y otros antiguos epicúreos²⁰³. Otros han comentado la influencia de Gassendi en Hobbes y Locke. Hobbes conoció personalmente a Gassendi, y aunque Hobbes divergía mucho del epicureísmo, existía una considerable afinidad entre el individuo hobbesiano asocial y apolítico, que actúa en función del interés propio y busca preservarse, y el retrato de la humanidad presentado por Epicuro y especialmente Lucrecio en el quinto libro de *De Rerum Natura*²⁰⁴.

La influencia sobre Locke se consideró igualmente importante por la forma en que Locke pareció utilizar la reformulación del hedonismo epicúreo de Gassendi dentro de una concepción de la providencia divina en *Ensayo sobre el entendimiento humano* para sus opiniones similares sobre el origen de las ideas y su empirismo²⁰⁵. Ambos se oponían a Descartes, y esto pudo haberlos acercado²⁰⁶. Sin embargo, la crítica de Locke a la explicación epicúrea de la utilidad como fundamento de la justicia en los primeros *Ensayos sobre la ley de la naturaleza* parece constituir un rechazo de este aspecto crucial del pensamiento epicúreo²⁰⁷. En el Ensayo I, Locke afirma sin rodeos que sin ley natural "parece que el hombre estaría obligado a no hacer nada, excepto lo que la utilidad o el placer [aut utilitas aut voluptas] le recomendaran, o lo que un impulso ciego y sin ley pudiera aprovechar por casualidad"²⁰⁸. A la pregunta planteada en el Ensayo VII, "¿Es la fuerza obligatoria de la ley de la naturaleza perpetua y universal?", respondió

²⁰³ *Idem*, p. 53.

²⁰⁴ Véase SARASOHN, L. T. *Gassendi's Ethics, Freedom in a Mechanistic Universe*. Ithaca: Cornell University Press, 1996, p. 142; VAUGHAN, F., *op. cit.*, p. 69-70; e NICHOLS JR, J. H. *Epicurean Political Philosophy, the De rerum natura of Lucretius*. Ithaca: Cornell University Press, 1976, p. 183-190.

²⁰⁵ El *Ensayo sobre el entendimiento humano* plantea, desde su inicio, uno de sus principales postulados: la inexistencia de ideas innatas comunes a todo entendimiento humano. Incluso principios que parecen inscritos en la naturaleza, como las matemáticas, "significa que la mente es capaz de entenderlos, o no significa nada". Así: "Pero entonces todas las demostraciones matemáticas, al igual que los primeros principios, tendrán que ser recibidos como impresiones nativas de la mente, lo cual, me temo, no aceptarán quienes saben que es más difícil demostrar una proposición que asentir a ella, una vez que ha sido demostrada. Y serían muy pocos los matemáticos que estén dispuestos a admitir que todos los diagramas que han dibujado no son sino unas copias de aquellos rasgos innatos que la naturaleza imprimió en sus mentes" LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, Fondo de Cultura de México, 2013, p. 34

²⁰⁶ WADE, I. O. *The Intellectual Origins of the French Enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1971, p. 489-ss.

²⁰⁷ LOCKE, J. *Essays on the Law of Nature*. ed. W. von Leyden. Oxford: Clarendon Press, 1954, p. 38.

²⁰⁸ *Idem*, p. 121.

afirmativamente²⁰⁹, y a la planteada en el Ensayo VIII, "¿Es el interés particular de los hombres [utilitas], la base de la Ley de la Naturaleza?", respondió negativamente²¹⁰.

Este análisis llevó finalmente a Locke a concluir que "*la corrección de una acción no depende de su utilidad; al contrario, su utilidad es el resultado de su corrección*"²¹¹. A pesar de este rechazo bastante claro del fundamento epicúreo de la justicia en la utilidad, Locke adoptó sin embargo, incluso en estos primeros ensayos, una descripción del placer y del dolor como fundamento de la acción, la creencia de que el dolor se sentía más intensamente que el placer y evitar el dolor era más importante que perseguir el placer. Estas doctrinas epicúreas se vincularon después en otro aspecto a la utilidad, cuando Locke sostuvo que lo útil (utile) era un medio para obtener lo placentero²¹². El deseo, para Locke, se consideraba doloroso a menos que algo bueno como el *jocundum* o el *utile* aliviara el dolor. Así pues, lo útil no desapareció de su sistema, aunque rechazó claramente la doctrina epicúrea de convertirlo en la base de la justicia. El análisis de Locke sobre el placer y el dolor reapareció en la publicación *Ensayo sobre el entendimiento humano*, que llegó a ser considerada una obra epicúrea e influida por Gassendi. Los ejemplos de Hobbes y Locke y, además, Pierre Bayle, muestran la amplia influencia de la versión de Gassendi de la filosofía epicúrea, aunque no siempre asumida²¹³.

Gassendi no sólo reafirmó las doctrinas de Epicuro en un contexto moderno, sino que las hizo más aceptables en varios aspectos. No cuestionó los principios de la creencia religiosa, pero al mismo tiempo, utilizando a Epicuro en lugar de Aristóteles, ha

²⁰⁹ *Idem*, p. 191 e ss.

²¹⁰ *Idem*, p. 205-ss. En respuesta a la pregunta anterior, Locke escribió: "For what reason is there for the fulfillment of promises, what safeguard of society, what common life of man with man, when equity and justice are one and the same as utility? What else indeed can human intercourse be than fraud, violence, hatred, robbery, murder, and such like, when every man not only may but must, snatch from another by any and every means what the other in his turn is obliged to keep safe". *Idem*, p. 213.

²¹¹ *Idem*, p. 215.

²¹² LOCKE, J. *Essays on the Law...*, cit., p. 268-269.

²¹³ Como escribió Bayle a propósito del epicureísmo: "What he taught concerning the Nature of God is most impious. As for his Doctrine relating to the Supreme Good, or Happiness, it was very liable to be misinterpreted, and it had such ill Effects, as discredited his Sect: But at the bottom it was very reasonable; and it cannot be denied that, allowing the Word *Happiness* to Signify what he meant by it, Man's Happiness consists in Pleasure". BAYLE, P. *The Dictionary Historical and Critical of Mr Peter Bayle*. 5 v. New York: Garland Publishing, 1984, p. 779-80. See WOOTTON, D. Pierre Bayle, Libertine?. In: STEWART, M. A. (ed.). *Studies in Seventeenth - Century Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 220: 'Bayle's praise of the moral character of Epicurus and Spinoza caused much offence'. También, Rose: "The Epicurean tradition in the seventeenth and early eighteenth centuries is covered in a highly compressed manner with numerous writers, like Gassendi, Bayle, Hobbes, Locke, and others, receiving very brief attention or none at all." ROSE, F. *Classical...* cit. p. 03

construido un sistema que se inclina a la fe humana²¹⁴. Aunque cuestionó la doctrina tomista de la ley natural, mostró cómo se podía reconciliar la naturaleza con el artificio cambiando la forma de concebir la naturaleza y, al hacerlo, eliminó un obstáculo a una base más flexible y realista para la sociedad política que la concebida anteriormente por el tomismo. En Hobbes, Locke, Bayle y otros pensadores, se reelaboraron aspectos del epicureísmo con un efecto considerable.

Pero el epicureísmo también se reafirmó en sus propios términos en varios libros publicados a finales del siglo XVII y principios del XVIII. La más importante de estas obras para la filosofía moral y política fue la recopilación de los escritos de Gassendi realizada por François Bernier²¹⁵. La influyente versión inglesa de la filosofía moral de Gassendi, *Tres discursos sobre la felicidad, la virtud y la libertad*, realizada por Bernier, se publicó en 1699²¹⁶.

En el relato-interpretación de Gassendi de la conexión entre utilidad y justicia, se desarrollaron una serie de argumentos importantes. En primer lugar, descartó el papel de la represalia en cualquiera de las formas de justicia. No tenía cabida en la justicia distributiva, que tenía que ver con el valor de una persona, en la justicia correctiva, donde los castigos taliónicos (ojo por ojo) eran a menudo injustos en su funcionamiento y consecuencias al acarrear un gran dolor al sistema, y en materia de equidad, donde la estricta letra de la ley era repetidamente injusta²¹⁷. Sin embargo, no asumía que la justicia en sí misma fuera deseable (ya que su funcionamiento era doloroso), **sino que se volvía deseable** en la medida en que aseguraba el vínculo básico sin el cual una sociedad no podía existir²¹⁸.

²¹⁴ “Epicuro, en efecto, había sido rechazado por muchos a causa de su supuesto ateísmo y de la negación de la inmortalidad del alma. Gassendi, sin embargo, se propone recuperar su sistema, porque, a pesar de todo, ve en él un instrumento acorde con el desarrollo de la nueva ciencia y compatible, con las correcciones necesarias, con la fe cristiana. Su sistema no le parece más pernicioso, para la fe cristiana, que el de Aristóteles, que afirmaba la eternidad de mundo y negaba la inmortalidad del alma”. RODRÍGUEZ DONÍS, M. *Gassendi y la Filosofía de Epicuro*, in: Fragmentos de Filosofía, num 5, 2007, p. 180

²¹⁵ SPINK, J. S. *French Free-Thought from Gassendi to Voltaire*. London: Athlone Press, 1960, p. 106-108.

²¹⁶ Resumiendo la doctrina epicúrea, Gassendi escribió: “Therefore to speak properly Right or natural Equity is nothing else but what is mark’d out by Utility or Profit, or that Utility which, by common Agreement, hath been appointed that Men might not injure one another, nor receive any wrong, but live in security, which is a real Good, and therefore naturally desired of every one”. GASSENDI, P. *Three Discourses of Happiness, Virtue, and Liberty. Collected from the Works of the Learn’d Gassendi, By Monsieur Bernier*. London: Awnsham and John Churchill, 1699, p. 315.

²¹⁷ GASSENDI, P. *Three Discourses of Happiness...*, cit., p. 308–310.

²¹⁸ *Idem*, p. 312.

En segundo lugar, Gassendi sostenía que para que una ley o una práctica fueran justas, no sólo debían ser útiles, sino que también debían estar prescritas y ordenadas por el consentimiento común de la sociedad²¹⁹. Esta posición tuvo dos consecuencias importantes. La primera era que, puesto que la justicia se basaba en la utilidad, una ley o práctica determinada podía ser justa en una sociedad pero no en otra, o justa e injusta en la misma sociedad si cambiaban las circunstancias. Estos cambios dependían de si la ley o la práctica eran útiles o no en un sentido social. Esta calificación era importante porque la pregunta que había que hacerse sobre una ley determinada era si garantizaba o no la vida, las libertades y la propiedad de los miembros de una sociedad e impedía que unos miembros perjudicaran a otros. Los cambios en las leyes y prácticas de una sociedad a otra y de una época a otra dependían de si eran o no útiles para la sociedad. Muchas leyes y prácticas no serían justas ni injustas, bien porque no planteaban cuestiones de justicia, bien porque no eran útiles para la sociedad en este sentido fundamental. Pero, ¿cómo podría alguien determinar si una determinada práctica fundamental relativa a las vidas humanas y la propiedad es justa? Esto lleva a la segunda consecuencia, que los principios fundamentales han sido aprobados por el común consentimiento de los miembros de la sociedad, o, como Gassendi dijo en otro lugar, una cosa es y debe ser considerada justa, o tener las cualidades de ser justa en una sociedad, si su utilidad respeta a todos los individuos asociados; pero si no es así, no es propiamente para ser llamada justa, ni merece ser estimada así²²⁰.

Para Gassendi, lo que hace que la utilidad sea el fundamento de la justicia no es que "los sabios", los ricos o los pobres consideren útil una ley y tengan el poder de adoptarla y aplicarla, sino que todos los miembros la consideren útil de común acuerdo o que la utilidad sea tal que la ley o la práctica "respete a todos los individuos asociados". Por ello, no había oposición entre utilidad y justicia ni sacrificio de algunos en favor de una mayor utilidad general²²¹. La utilidad en sí misma era **un principio distributivo**, que implicaba un acuerdo o convenio y definía lo que se consideraba justo o injusto. Lo que la hacía distributiva era que se basaba en el consentimiento común de los miembros de la sociedad, en última instancia sus placeres y dolores, y se aplicaba por igual a todos los

²¹⁹ *Idem*, p. 315.

²²⁰ *Idem*, p. 316.

²²¹ Véase también: MOLIVAS, G. '*Natural Rights and Liberty: A Critical Examination of Some Late Eighteenth-Century Debates in English Political Thought*'. Unpublished Ph.D thesis, University of London (UCL), 1994, que sostiene que a lo largo del siglo XVIII coexistieron felizmente las teorías de la utilidad y del contrato social.

miembros de la sociedad. La utilidad se convierte así, en el relato de Gassendi sobre la justicia epicúrea, en un término técnico que se refiere a la naturaleza y a la distribución de los dolores y los placeres, y que proporciona criterios para evaluar la justicia de las leyes y las prácticas.

En tercer lugar, no puede haber justicia entre los hombres y los animales ni entre los hombres de diferentes sociedades, porque no existe un acuerdo mutuo que sustente dicha justicia. Aunque no sugería que se debiera maltratar a los animales, Gassendi afirmaba sin rodeos que "para protegernos, no tenemos otro medio que hacer uso de este poder que tenemos, ya sea para matarlos u obligarlos a obedecernos"²²². En cuanto a las relaciones entre seres humanos de distintas sociedades, negó que alguien pudiera apelar a un derecho de gentes (*jus gentium*), pero al mismo tiempo reconoció un "precepto común" según el cual "no harás a otro lo que no quieras que otro te haga a ti". Atribuyó a este precepto el estatus de "primera ley natural"²²³. Sostuvo que, dado que nada era más natural que la sociedad y que ésta era incapaz de existir sin este precepto, entonces el precepto se llamaba con razón "natural". Así, aunque las personas de diferentes sociedades que no vivían bajo un acuerdo común no estaban obligadas por la justicia, podían apelar a este precepto común o primera ley natural para no perjudicar a los demás.

En cuarto lugar, como se ha visto, siguiendo a Epicuro, Gassendi introdujo una nueva forma de ver la naturaleza tanto en su ciencia como en su relato de la justicia. Aunque rechazó la doctrina tomista del derecho natural y fundamentó la sociedad en la utilidad, injertó el concepto de naturaleza en la idea de utilidad común y consideró que estos firmes lazos justificaban el término "natural". Según Gassendi, "en cuanto a lo que dice Epicuro, que una verdadera ley supone un pacto mutuo, o que toda ley es una especie de acuerdo", no es más que lo que afirman Platón, Aristóteles, Demóstenes, Arístides y varios otros²²⁴. En otras palabras, Gassendi creía que la visión del pacto de Epicuro no contradecía necesariamente la idea de justicia natural de Platón y Aristóteles.

Por último, Gassendi trató sobre la satisfacción lograda por los injustos que ganaban en la sociedad gracias a su injusticia. Rechazó la opinión de que el injusto podía

²²² GASSENDI, P. *Three Discourses of Happiness...*, cit., p. 321.

²²³ *Idem*, p. 326–327. Como Mill escribió, 'The Stoics and Epicureans, however irreconcilable in the rest of their systems, agreed in holding themselves bound to prove that their respective maxims of conduct were dictates of nature' MILL, J. S. *Essays on Ethics, Religion and Society*. ed. J.M. Robson. v. 10. Toronto: University of Toronto Press. 1969, p. 376.

²²⁴ GASSENDI, P. *Three Discourses of Happiness...*, cit., p. 325.

ser feliz porque conseguía lo que quería, y llamó la atención sobre el desorden psíquico que se produce tras la injusticia: "Lleno de problemas, celos y temores, estrechez de conciencia y ansiedad mental"²²⁵. Así, los miembros de la sociedad se resistían a la tentación de ser injustos a causa de la angustia del descubrimiento y del castigo que persistía aunque no hubiera ninguna posibilidad próxima de castigo²²⁶.

2.2.2 El utilitarismo en el siglo XVIII

Pocos estudiosos contemporáneos destacan la idea de utilidad en el pensamiento de Hume o su influencia o anticipación del utilitarismo posterior de Bentham y Stuart Mill²²⁷. La lectura de Hume hacia atrás, es decir, desde los temas de Bentham hasta los de Hume y desde la "*Inquiry about the Principles of Morals*" hasta el Libro III del "Tratado de la Naturaleza Humana", revela, uno se atreve a decir, un Hume algo diferente del que ha cristalizado hoy²²⁸. Por ejemplo, John Stewart ha argumentado que no hay pruebas en la "*Inquiry*" de que Hume abandonara la idea de simpatía, que había sido tan

²²⁵ *Idem*, p. 333.

²²⁶ La posición de Grocio era un tanto ambigua. Por un lado, rechazó la frase de Horacio: "And therefore what Carneades said and what others have also said ... Utility, Mother of just and right, if we are to speak accurately, is not true. For the Mother of Right, that is, of Natural Law, is Human Nature; and this would lead us to desire mutual society, even if it were not required for the supply of other wants; and the Mother of Civil Laws, is Obligation by mutual compact; and since mutual compact derives its force from Natural Law, Nature may be said to be the Grandmother of Civil Laws. But Natural Law is reinforced [accedit] by Utility. For the Author of Nature ordained that we should, as individuals, be weak and in need of many things to make life comfortable, in order that we might be the more impelled to cling to society. But Utility is the occasion [occasionem dedit utilitas] of Civil Laws; for the association or subjection by mutual compact, of which we have just spoken, was at the first instituted for the sake of some utility. And accordingly, they who prescribe laws for others, in doing this, aim, or ought to aim, at some Utility, to be produced to them for whom they legislate". GROTIUS, H. *De Jure Belli et Pacis*. Traducción: W. Whewell. v. 03. Cambridge: Cambridge University Press. p. i.xlix-l.

²²⁷ Véanse, por ejemplo, los diversos artículos de NORTON, D. F. (ed.). *The Cambridge Companion to Hume*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. Una excepción reciente es DARWELL, S. *The Cambridge Companion to Hume*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 58-82, esp. 76, quien concluye que Hume abrió un espacio para el utilitarismo filosófico, aunque él mismo no lo ocupara. El argumento de Darwell consiste principalmente en un contraste entre Hume y Francis Hutcheson del que surge el "espacio" antes mencionado. Desgraciadamente, la descripción del utilitarismo de Bentham es muy limitada y muestra poco conocimiento de los estudios recientes de Bentham. Para otro contraste entre Hume y Hutcheson, impreso en la misma colección, que indirectamente arroja más luz sobre la deuda de Bentham con Hume a través de un contraste entre estoicismo y epicureísmo, ver: MOORE, J. 'Hume and Hutcheson' ..., *cit.*, p. 23-57. Para un estudio filosófico reciente del utilitarismo de Hume, véase CRISP, R. 'Self-love and the General Interest: Hume on Impartiality'. Unpublished seminar paper, 1998.

²²⁸ Cf. HUME, D. *An Enquiry concerning the Principles of Morals*. ed. T. Beauchamp. Oxford: Clarendon Press, 1998; e HUME, D. *A Treatise of Human Nature*. ed. L.A. Selby-Bigge, rev. P.H. Niddich. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1978.

importante en el "Tratado"²²⁹. Leer a Hume al revés puede no llevar a rechazar este argumento, pero quizá sí a plantear una distinta interrogante. Porque es la utilidad, no la simpatía, el principio clave de la "Inquiry", y en este sentido uno se pregunta por qué Hume lo enfatizó tanto en la "Inquiry", aunque no tanto en el "Tratado". Desde el punto de vista de la "Inquiry", el hecho de que Hume no abandonara expresamente la simpatía es menos importante que el énfasis que puso en la *utilidad*.

El enfoque de Hume no es tan inusual como podría pensarse. El importante estudio de Knud Haakonssen sobre Hume y Adam Smith explora con gran efecto a Hume a través de los escritos posteriores de Smith, que deben mucho a los análisis de Hume sobre temas similares. Pero cuando se trata del tema de la utilidad en Hume, Haakonssen afirma que es una completa ilusión ver la obra posterior [Investigation into the Principles of Morals] como una aproximación al utilitarismo de una época posterior²³⁰. Según el autor, la palabra "utilidad" tiene un significado bastante diferente al que se le puede atribuir en Bentham y Mill²³¹. Para apoyar estas afirmaciones, Haakonssen no aporta análisis ni referencias, y en la extensa bibliografía no aparece ninguna obra de utilitaristas de una época posterior. Si Haakonssen está preparado para leer a Hume en contraste con Smith, no lo está para leerlo en contraste con Bentham y los Mill²³². Al intentar hacerlo, uno se pregunta no sólo por la importancia que Hume dio a la utilidad en su filosofía moral y política, sino también si la idea de utilidad de Hume fue adoptada por los "utilitaristas de una época posterior". Se puede argumentar que la utilidad era una idea importante en el pensamiento de Hume, aunque no esté tan evidente como estará en los autores que le siguieron²³³.

Algunos autores que han estudiado a Hume reconocen la importancia de la utilidad en su pensamiento, pero utilizan diversas categorías para distinguir su enfoque de los de los utilitaristas posteriores. Mounce, por ejemplo, distingue entre el

²²⁹ STEWART, J. *The Moral and Political Philosophy of David Hume*. New York and London: Columbia University Press, 1963, p. 329.

²³⁰ HAAKONSEN, K. *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, p. 5-6.

²³¹ *Idem*, p. 6-8.

²³² *Idem*, p. 5-6, 8, 41. Véase también CAPALDI, N. *Hume's Place in Moral Philosophy*. New York: Peter Lang, 1992, p. 294-295 e 304-305, e especialmente 365-366, donde se avanza una concepción muy general del utilitarismo sin referencias específicas en las notas o la bibliografía, que luego se utiliza para distinguir la idea de utilidad de Hume.

²³³ La tesis más sólida es que la utilidad tenía una importancia primordial en el pensamiento de Hume y, además, influyó en la forma en que Bentham, por ejemplo, formuló su propio principio de utilidad. ROSEN, F. *Classical utilitarianism from Hume to Mill*. Routledge, 2005. p. 41-42.

"naturalismo"²³⁴ de Hume y el "racionalismo" que atribuye tanto a las opiniones deontológicas (vinculadas a Kant) como al utilitarismo de Bentham²³⁵. Mounce omite la consideración del primer párrafo de la *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* de Bentham, donde el autor invoca la "naturaleza" y señala cómo ésta, al colocar a los seres humanos "bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer", determina lo que hacen y lo que deben hacer²³⁶.

La razón por la que omite esta importante referencia a la naturaleza es que se centra en el papel del cálculo racional en Bentham. También omite considerar el papel fundamental de los sentimientos de placer y dolor en Hume, y se limita a afirmar que el cálculo racional presupone la pasión de la benevolencia. Mounce solo se refiere al dolor y al placer en Bentham en la medida en que hacen posible el cálculo racional, supuestamente al proporcionar un mecanismo por el cual la calidad puede reducirse a cantidad²³⁷. Pero, contrariamente a la opinión de Mounce, está claro que para Hume y Bentham el placer y el dolor proporcionan motivos para la acción y la razón se utiliza en subordinación a la pasión dentro de este marco. En consecuencia, la distinción entre naturalismo y racionalismo solo sirve para oscurecer este punto fundamental que une a la mayoría de los utilitaristas clásicos.

Mounce también intenta distinguir entre Hume y Bentham en este tema, argumentando que la concepción de la racionalidad de Hume difiere de la de los teóricos del contrato social, quienes tienden a ver al individuo abstraído de la sociedad, al que posteriormente se vincula mediante el cálculo racional. Según Mounce, en contraste con Hume, Bentham supuestamente comenzó con una colección de individuos que fueron tratados como los elementos principales en el equivalente social de una ecuación química²³⁸.

Sin embargo, Mounce podría no ser del todo preciso al considerar lo que Bentham realmente escribió. En *A Fragment on Government*, Bentham siguió explícitamente a

²³⁴ Como ejemplo de ese naturalismo de Hume, véase su afirmación sobre el origen de la moral: "Since morals, therefore, have an influence on the actions and affections, it follows, that they cannot be deriv'd from reason; and that because reason alone, as we have already prov'd, can never have any such influence. Morals excite passions, and produce or prevent actions. Reason of itself is utterly impotent in this particular. The rules of morality, therefore, are not conclusions of our reason" HUME, *A treatise...* cit... (Book III), p. 72

²³⁵ MOUNCE, H. O. *Hume's Naturalism*. London and New York: Routledge, 1999, p. 77-ss.

²³⁶ BENTHAM, J. *An Introduction ...*, cit., p. 11.

²³⁷ MOUNCE, H. O. *Hume's...*, cit., p. 79-80.

²³⁸ MOUNCE, H. O. *Hume's...*, cit., p. 90.

Hume no solo en la adopción del principio de utilidad, sino también en el rechazo de la doctrina del contrato social a favor de la costumbre, el hábito y la convención como base de la sociedad civil²³⁹. Las diversas clasificaciones de Hume y Bentham siguen siendo objeto de examen en la teoría filosófica que revisa el utilitarismo, y sus escaramuzas hermenéuticas no terminarán pronto. Un breve repaso de los tres autores más importantes nos ayudará a comprender la actualidad del tema²⁴⁰.

2.1.2.1 El utilitarismo incipiente en Hume

Para disertar sobre Hume en pauta utilitarista, es relevante empezar por su idea de benevolencia. Él reconocía que la benevolencia tiene un papel destacado en las relaciones humanas, pero, a diferencia de Hutcheson, considera que esta no puede constituir el anclaje del sistema social²⁴¹. Es solo un sentimiento poderoso y que está conectado con el sentido de humanidad y solidaridad al que se ha referido antes. Hume analizó la benevolencia en cuatro breves ejemplos, en los que demostró que, por sí sola, ella no podía constituir la base de la moralidad, sino que requería la guía y el complemento del principio de utilidad²⁴².

En cada uno de los ejemplos, Hume partió de hechos motivados por la benevolencia, que no aumentaban la felicidad humana y fueron gradualmente ajustados en consecuencia. En el primero de ellos, Hume argumentó que dar limosna a los mendigos comunes, aunque "naturalmente" alabado, era visto más como una debilidad que como una virtud, ya que "observamos el consiguiente incentivo a la ociosidad y el

²³⁹ BENTHAM, J. *A Fragment on ...*, cit., p. 51-53.

²⁴⁰ MOUNCE, H. O. *Hume's ...*, cit., p. 98. Mounce no considera la posibilidad de que el problema radique en sus categorías y no en el argumento de Hume.

²⁴¹ Véase ANON. *Some Late Opinions Concerning the Foundation of Morality, Examined. In a Letter to a Friend*. London: R. Dodsley and M. Cooper, 1753, p. 33: "You think there is something new, and at the same time, simple and neat, in this manner of stating the foundation of virtue. Not altogether new, I must observe; for Mr. *Hutcheson* [sic] led the way by resolving all the several virtues into benevolence, as our author has done into utility; which in his sense of it, is much the same".

²⁴² "In all determinations of morality, this circumstance of public utility is ever principally in view; and wherever disputes arise, either in philosophy or common life, concerning the bounds of duty, the question cannot, by any means, be decided with greater certainty, than by ascertaining, on any side, the true interests of mankind. If any false opinion, embraced from appearances, has been found to prevail; as soon as farther experience and sounder reasoning have given us juster notions of human affairs; we retract our first sentiment, and adjust anew the boundaries of moral good and evil". HUME, D. *An Enquiry concerning the Principles of Morals*. ed. T. Beauchamp. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 17.

libertinaje"²⁴³. El segundo ejemplo registraba el cambio de actitud hacia el tiranicidio, que pasó de aprobar la práctica, al liberar a la humanidad de sus opresores, a rechazarla, ya que "la historia y la experiencia" nos convencieron de que la práctica "aumenta los celos y la crueldad de los príncipes"²⁴⁴. En el tercer ejemplo, Hume señaló que la liberalidad de los príncipes, que a menudo se consideraba una marca de beneficencia, puede no serlo cuando "el pan casero de los honrados y laboriosos se convierte a menudo en deliciosos pasteles para los perezosos y pródigos" entre sus cortesanos²⁴⁵. Por último, Hume afirmaba que la búsqueda del lujo, que se consideraba fuente de corrupción y esclavitud, podía verse mejor como el crecimiento de la industria, de las diversas artes y de la civilidad humana²⁴⁶. En todos estos ejemplos, el autor escocés hacía mención a la experiencia y a la racionalidad que conducían a cambios de perspectiva en la moral y la política. En las dos perspectivas mostradas en los cuatro ejemplos, vemos amplias pruebas de benevolencia, pero en la segunda perspectiva Hume intentó asegurarse de que esta sirviera realmente a los "intereses de la humanidad".

El siguiente paso, claro, sería definir cómo orientar la finalidad del utilitarismo hacia la humanidad. La experiencia y el razonamiento basado en ella nos han enseñado que lo que aparentemente es un acto digno de aprobación, porque está motivado por la benevolencia o porque pensamos que lo está, no merece tal aprobación cuando las consecuencias de dicho acto no sirven a los "intereses de la humanidad". En el primer ejemplo, Hume creía que los actos de aparente benevolencia fomentaban la ociosidad y el libertinaje, aunque podían reducir la sensación de dolor que sentían los hambrientos y los que sufrían al recibir limosna. Hume sugería que se debería mirar más allá de los placeres y dolores del que da y del que recibe limosna, hacia el interés público colectivo.

²⁴³ "Giving alms to common beggars is naturally praised; because it seems to carry relief to the distressed and indigent: but when we observe the encouragement thence arising to idleness and debauchery, we regard that species of charity rather as a weakness than a virtue." "Or if you check these virtues, you reduce society to the most extreme indigence; and instead of preventing want and beggary in a few, render it unavoidable to the whole community. The most rigorous inquisition too is requisite to watch every inequality on its first appearance; and the most severe jurisdiction, to punish and redress it." HUME, D. *An Enquiry concerning...*, cit., p. 18. Evidentemente, el ejemplo, sin la misma interpretación, es clave de muchas preguntas sobre el asistencialismo contemporáneo.

²⁴⁴ "Tyrannicide, or the assassination of usurpers and oppressive princes, was highly extolled in ancient times; because it both freed mankind from many of these monsters, and seemed to keep the others in awe, whom the sword or poniard could not reach. But history and experience having since convinced us, that this practice increases the jealousy and cruelty of princes, a Timoleon and a Brutus, though treated with indulgence on account of the prejudices of their times, are now considered as very improper models for imitation." *Idem*, p. 19.

²⁴⁵ *Idem*, p. 20.

²⁴⁶ *Idem*, p. 21.

Desde esta perspectiva, podemos ver que la limosna pura y simple bien podría aumentar la ociosidad y el libertinaje, y conducir a un aumento del dolor y el sufrimiento en la sociedad en su conjunto, a medida que aumenta el número de personas que obtienen las necesidades de la vida a través de la mendicidad en lugar de trabajar²⁴⁷.

Esta evolución puede llevar a un aumento de la delincuencia y la inmoralidad, especialmente cuando las limosnas son limitadas y los hábitos de ociosidad se consolidan. Incluso si aceptamos que el cambio de perspectiva de los individuos hacia el interés público puede conducir a una evaluación diferente de ciertos actos benévolos, Aquellos que dan limosna pueden argumentar que experimentan un gran placer y satisfacción al hacerlo, y que además están fomentando su propia perspectiva de la felicidad eterna. Por otro lado, los indigentes pueden señalar el placer que proporcionan a los limosneros al permitirles ser virtuosos, y también el alivio del dolor que experimentan al recibir la limosna; algunos pueden incluso añadir que ser pobre y necesitado tiene ciertas ventajas en la otra vida. Desde la perspectiva tanto de los ricos como de los pobres, e incluso desde la perspectiva de la humanidad en su conjunto, la práctica de dar limosna reporta considerables beneficios tanto en esta vida como en la otra²⁴⁸.

Para Hume, por tanto, la invocación de la utilidad le permitía avanzar en la perspectiva del interés público desde la cual su empirismo podía operar con mayor eficacia. También le permitió desarrollar un nuevo sentido de objetividad al discutir y resolver diferencias morales. El antiguo sentido de objetividad pudo haber sido proporcionado por la Biblia o por los conceptos de bondad en la naturaleza, pero Hume los descartaría al no ser plenamente capaces de ayudar a la humanidad a solucionar los problemas colectivos²⁴⁹.

La utilidad implica una racionalidad que se evidencia en la capacidad humana para ajustar actitudes e instituciones basándonos en la experiencia, y así aumentar la felicidad de quienes viven en sociedad. Hume no adoptó un enfoque reduccionista; no intentó promover una ideología utilitarista. Su "partido de la humanidad", como lo llamaba,

²⁴⁷ ROSEN, F. *Classical utilitarianism from Hume to Mill*. [s/l]: Routledge, 2005, p. 44.

²⁴⁸ Véase, por ejemplo, el argumento a favor de la caridad privada frente a la ayuda pública en TOCQUEVILLE, A. *Memoir on Pauperism*. Traducción: S. Descher. London: Institute of Economic Affairs, 1997.

²⁴⁹ "Hume linked justice to public utility by setting forth what must have been a highly novel argument, that public utility (as he conceived it) 'is the sole origin of justice, and that reflections on the beneficial consequences of this virtue are the sole foundation of its merit'" ROSEN, F. *Classical utilitarianism...*, cit., p. 45.

buscaba el bienestar humano por encima de los intereses de cualquier grupo particular. Intentó abarcar la amplia gama de puntos de vista morales, y si el "partido de la humanidad" tuvo oposición, esta provenía únicamente de fuerzas que se oponían a la moralidad en general. Cuando Hume hablaba de las diversas sectas morales (epicúreos, estoicos, platónicos y escépticos), lo hacía para demostrar que todas podían integrarse en lo que un comentarista describió como "la complejidad del universo moral de la vida cotidiana"²⁵⁰.

Desde esta perspectiva, se puede imaginar la protesta que suscitó la concepción de la justicia de Hume. La idea de que no existe una base natural para la justicia, fundamentada en un simple instinto que distingue lo correcto de lo incorrecto, sino que la justicia se basa en el artificio y la utilidad, no solo socava la justicia, sino que también parece amenazar lo que la justicia pretende sostener: los fundamentos de la sociedad. El crítico contemporáneo anónimo de Hume no solo sostenía la mayoría de las opiniones expresadas anteriormente, sino que pensaba que la privación de Hume de la condición natural para la justicia era suficiente en sí misma para amenazar a la sociedad²⁵¹.

Para este autor, el utilitarismo carecía de fundamento. A medida que desarrolláramos diferentes ideas sobre lo que era de interés público, "las reglas del bien y del mal cambiarían perpetuamente"²⁵². Aunque podía aceptar que la utilidad constituyera un "motivo adicional", no podía desempeñar ese papel fundamental, "que, en mi opinión, puede remontarse claramente a un sentimiento primario y original de la naturaleza humana"²⁵³. James Balfour, otro crítico contemporáneo de Hume, que escribió en 1753, adoptó una opinión similar²⁵⁴.

²⁵⁰ HUME, D. *Essays, Moral, Political and Literary*. ed. E. F. Miller. Indianapolis: Liberty Classics, 1985, p. 138-180).

²⁵¹ "[...] for to me it appears not only ill founded, but even of dangerous tendency; and it puts justice, which of all virtues is the most necessary and fundamental to society, on a more loose and precarious bottom than the rest; and somehow degrades it into a lower class, and distinguishes it in a dishonorable manner". ANON. *Some Late Opinions...*, cit., p. 14.

²⁵² ANON. *Some Late Opinions...*, cit., p. 16.

²⁵³ *Idem*, p. 43.

²⁵⁴ "Thus the idea of just and right is evidently antecedent to the idea of common utility. [T]his last is a consequence, and not the source of the first. [...] Such is the original frame of our constitution, that we have a natural sense of right and wrong, a feeling and perception of just and unjust. The idea of good or useful, must then relate to our original constitution". BALFOUR, J. *A Delineation of the Nature and Obligation of Morality, with Reflexions upon Mr. Hume's Book, intituled, An Inquiry concerning the Principles of Morals*. Bristol: Thoemmes Press, 1989, p. 56.

Para Balfour, Hume no solo basaba la justicia en arenas movedizas, sino que invertía la causalidad al afirmar que la utilidad era el fundamento de la justicia, cuando podría decirse que la justicia era el fundamento de la utilidad. Balfour criticó el concepto de justicia de Hume en otros aspectos. Pensaba que, en última instancia, Hume no basaba la justicia en la utilidad, sino en el interés propio, de modo que cada individuo aceptaba las reglas de la justicia simplemente para evitar desórdenes y luchas civiles²⁵⁵.

Para Balfour, este fundamento tenía poco que ver con la moralidad o la justicia, y creía que el propio Hume estaba tan ansioso por evitar basar la justicia en el interés propio que desarrolló la idea de empatía con el interés público principalmente en un intento de evitarlo. Pero tal empatía era, según Balfour, una idea confusa, vinculada a la benevolencia pero distinguible de ella en última instancia, porque el propio Hume insistía en que la benevolencia era distinta de la justicia²⁵⁶. Si la idea de simpatía era distinta de la benevolencia, Balfour creía que, como principio general de humanidad, era incapaz de formar la base de la justicia. Así, para Balfour, el vínculo crucial entre simpatía y utilidad era tan vago que no podía cumplir la labor que Hume le había atribuido. Por último, Balfour creía que la utilidad no permitía distinguir claramente entre virtud y vicio.

Como ocurrirá repetidamente, al utilitarismo se le criticará por no revisar suficientemente el sistema moral, que es la base de la convivencia. La distancia entre utilitaristas y moralistas estará siempre marcada, ya sea en la filosofía pura o en el derecho penal.

2.3 El utilitarismo de Stuart Mill

Stuart Mill quizá no haya sido el filósofo que más se acercó al utilitarismo penal, pero contribuyó a elevar esta corriente filosófica a niveles más complejos. Para comprender su obra, es necesario destacar que radicalizó el punto de vista naturalista de la filosofía. La visión naturalista, como es fácil deducir, facilita enormemente el camino hacia el utilitarismo²⁵⁷.

²⁵⁵ BALFOUR, J. *A Delineation of the Nature...*, cit., p. 50-51.

²⁵⁶ *Idem*, p. 54.

²⁵⁷ Se sabe que el término *naturalismo* en sí mismo es una denominación que cobrará fuerza en los siglos XIX y XX, y cuyos significados varían según el ámbito en el que se emplea. En este caso, el naturalismo tiene más que ver con la inexistencia de un elemento sobrenatural que influya directamente en el objeto de

El naturalismo afirma que el ser humano forma parte por completo del orden natural. El filósofo se esforzó por demostrar que tal afirmación no es una obviedad axiomática, planteando una serie de problemas relativos a la mente y al yo. ¿Hasta qué punto puede alguien adaptarse a la naturaleza? ¿Y el yo pensante y actuante? ¿Existe un orden de cosas independiente de la mente? El intento de Mill de abordar estas cuestiones parecía acabar dejando lo mental en un papel extrañamente trascendental, de algún modo fuera de la naturaleza, y los críticos del naturalismo, que en el siglo XIX eran principalmente idealistas, no tardaron en aprovecharlo²⁵⁸.

El naturalismo también tiene implicaciones para las fuentes de el conocimiento. Parece descartar cualquier conocimiento que no se base en pruebas empíricas. ¿Cómo puede existir tal conocimiento si el pensamiento y la información no son más que procesos causales naturales?²⁵⁹ Si tenemos algún conocimiento, debe proceder de la evidencia de los propios estados mentales, memoria y percepción. Mill sigue esta línea de pensamiento empirista hasta el extremo. En "*System of Logic*", presenta el primer análisis completamente naturalista de todo razonamiento deductivo y aboga por convertir la lógica e incluso las matemáticas en ciencias empíricas²⁶⁰.

análisis. En esencia, se sostiene que no hay nada más allá del mundo natural (es decir, no existen entidades o fuerzas sobrenaturales); que la filosofía debe alinearse con los métodos y hallazgos de las ciencias naturales; y que las explicaciones filosóficas deben ser coherentes con las explicaciones científicas.. Para Papineau, los filósofos naturalistas “urged that reality is exhausted by nature, containing nothing “supernatural”, and that the scientific method should be used to investigate all areas of reality, including the “human spirit” PAPINEAU, D.. *Naturalism*. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), 2020. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/entries/naturalism/>

²⁵⁸ La obra de Mill específica sobre el Utilitarismo trae el principio de la gran felicidad, que es base para el futuro del utilitarismo hasta el día de hoy. “The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure. To give a clear view of the moral standard set up by the theory, much more requires to be said; in particular, what things it includes in the ideas of pain and pleasure; and to what extent this is left an open question. But these supplementary explanations do not affect the theory of life on which this theory of morality is grounded—namely, that pleasure, and freedom from pain, are the only things desirable as ends; and that all desirable things (which are as numerous in the utilitarian as in any other scheme) are desirable either for the pleasure inherent in themselves, or as means to the promotion of pleasure and the prevention of pain.”.MILL, J.S. *Utilitarianism*, London: Savily, Edward and Co. 1871, p. 09

²⁵⁹ Sobre el tema, véase nuestro estudio “*Livre Arbitrio e Direito Penal*”, especialmente capítulos 02 y 03.

²⁶⁰ Evidentemente, no se puede pensar, a día de hoy, que las Matemáticas sean empíricas, ya que se trata de un ejercicio lógico. Sin embargo, es significativo notar cómo esa idea tiene raíces en el utilitarismo. Lo señalamos principalmente porque la pretensión de una "matemática empírica" es, en cierto sentido, lo que impulsa la teoría de juegos (Game Theory), que analizaremos al final de este capítulo.

Ello proviene de una radicalidad epistemológica muy típica de su tiempo. Buscar la verdad con escepticismo y mantener un orden claro de ideas basadas en el empirismo era parte de su método²⁶¹.

En cuanto a su modo de ordenar sus métodos epistémicos, Stuart Mill afirmará que la ética es arte, no ciencia, y que todo arte es un resultado conjunto de las leyes de la naturaleza reveladas por la ciencia y los principios generales de lo que se ha llamado Teleología, o Doctrina de los Fines²⁶². Así considera que la Doctrina de los Fines es normativa y afirma que ella tiene un solo principio fundamental: el principio de utilidad. Si se acepta que hay verdades normativas, ¿se piensa que las verdades normativas se reducen simplemente a hechos empíricos? Este punto de vista ha tenido defensores sutiles en la filosofía reciente, pero no creemos que sea el de Mill. "Las proposiciones de la ciencia", dice, "enuncian una cuestión de hecho: una existencia, una coexistencia, una sucesión o una semejanza."²⁶³

Entonces, ¿cómo averiguamos qué proposiciones básicas de este tipo, sobre lo que debe ser o debería ser, son verdaderas? En línea con su anticartesianismo, Mill piensa que la única manera es el escrutinio cuidadoso de cómo razonamos realmente y el análisis reflexivo de qué principios en esta práctica del razonamiento acaban siendo tratados por los individuos como normativamente básicos: "ver al agente en acción". Esta es la única "evidencia" que puede producirse para las afirmaciones normativas del filósofo. Sigue este método naturalista en su "Sistema de Lógica", y es también el método que sigue en "Utilitarismo", cuando argumenta que la felicidad es el único fin deseable²⁶⁴.

Mill no está diciendo que lo deseable se reduzca a lo deseado, o que los hechos sobre lo deseado impliquen hechos sobre lo deseable. Lo que dice es que los hechos sobre lo deseable, "en la teoría y en la práctica", son "pruebas" para las afirmaciones normativas

²⁶¹ "Principles of Evidence and Theories of Method are not to be constructed *a priori*. The laws of our rational faculty, like those of every other natural agency, are only learnt by seeing the agent at work ... we should never have known by what process truth is to be ascertained, if we had not previously ascertained many truths..." MILL, J.S. *A System of Logic Ratiocinative...*, *cit.*, p. 833.

²⁶² *Idem*, p. 949.

²⁶³ Por el contrario, las proposiciones que "ordenan o recomiendan que algo sea" are a class by themselves. A proposition of which the predicate is expressed by the words *ought* or *should be*, is generically different from one which is expressed by *is*, or *will be*. MILL, J.S. *A System of Logic Ratiocinative...*, *cit.*, p. 949.

²⁶⁴ [...] the sole evidence it is possible to produce that anything is desirable, is that people do actually desire it. If the end which the utilitarian doctrine proposes to itself were not, in theory and in practice, acknowledged to be an end, nothing could ever convince any person that it was so. MILL, J. *Utilitarianism*. In: ROBSON, J. M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*. v. X: *Essays on Ethics, Religion, and Society* (p. 203–59). Toronto: University of Toronto Press, 1969. Ch. IV, para. 3.

sobre lo deseable. Al igual que en el caso de la ciencia -donde cree que la inducción es la única norma final de razonamiento-, apoya esta afirmación con una simple apelación a la práctica reflexiva. Esto es "evidencia" en un sentido bastante forzado. Mill quiere decir, en primer lugar, que llegar a las normas fundamentales del pensamiento de las personas requiere una cuidadosa investigación psicológica e histórica sobre cómo piensan, incluso sobre cómo creen que deberían pensar: qué tipo de actitudes normativas muestran en sus acciones y en su reflexión. El pensamiento epistemológico en el utilitarismo es claro, porque el filósofo siempre regresa a la posibilidad de sesgos y argumentos que son impresiones idealizadas de la mente de cada cual.

En consecuencia, Mill considera que una dosis muy fuerte de empirismo es un tónico saludable para los filósofos morales, y cuál es, en su opinión, la "evidencia" a la que estos filósofos pueden apelar legítimamente²⁶⁵. Pensó que había hecho esto en el "Sistema de Lógica" y que, al hacerlo, había prestado un servicio público a la ética. Se abría el camino para una investigación realista sobre el origen de las "creencias inveteradas y los sentimientos intensos". Muchas de las explicaciones que proporcionaría tal investigación podrían ser subversivas. Sin embargo, Mill también se dio cuenta de que seguir el método naturalista no podía garantizar el utilitarismo de forma simple y directa. Muchos filósofos estarían de acuerdo con él acerca de su método, negarían estar apelando a "la intuición o la conciencia independientemente de la observación y la experiencia", pero aun así rechazarían el utilitarismo²⁶⁶.

²⁶⁵ Mill estaba especialmente orgulloso de su tratamiento radicalmente empirista de la lógica y las matemáticas en *System of Logic*: "The notion that truths external to the human mind may be known by intuition or consciousness, independently of observation and experience, is, I am persuaded, in these times, the great intellectual support of false doctrines and bad institutions. By the aid of this theory, every inveterate belief and every intense feeling, of which the origin is not remembered, is enabled to dispense with the obligation of justifying itself by reason, and is erected into its own all-sufficient voucher and justification. There never was such an instrument devised for consecrating all deep-seated prejudices. And the chief strength of this false philosophy in morals, politics, and religion, lies in the appeal which it is accustomed to make to the evidence of mathematics and of the cognate branches of physical science. To expel it from these, is to drive it from its stronghold ..." MILL, J. S. *Autobiography* (1873). In: ROBSON, J. M.; STILLINGER, J. (eds.). *Collected Works of John Stuart Mill*, v. I: *Autobiography and Literary Essays* (p. 1–290). Toronto: University of Toronto Press, 1981. p. 233–235.

²⁶⁶ Como explica en su ensayo de 1833, "Remarks on Bentham's philosophy", dirían: "that by an inductive and analytical examination of the human mind, they had satisfied themselves, that what we call our moral sentiments ... are as much part of the original constitution of man's nature as the desire of happiness and the fear of suffering: That those sentiments do not indeed attach themselves to the same actions under all circumstances, but neither do they, in attaching themselves to actions, follow the law of utility, but certain other general laws, which are the same in all mankind naturally; though education or external circumstances may counteract them, by creating artificial associations stronger than they. No proof can indeed be given that we ought to abide by these laws; but neither can any proof be given, that we ought to regulate our conduct by utility. All that can be said is, that the pursuit of happiness is natural to us; and so it is contended,

El filósofo, gran admirador de Bentham, como ya se ha dicho, alcanza el utilitarismo al sostener, en resumen, (1) **que el principio de utilidad no es una construcción artificial**, sino que expresa disposiciones éticas naturales que son básicas para teoría y práctica, y (2) que ninguna otra disposición ética es tan básica como la utilidad. Todas las demás disposiciones éticas - disposiciones a culpar y condenar a las personas que engañan, intimidan a los demás o muestran ingratitud, por ejemplo - pueden reducirse a la disposición utilitaria natural y básica o explicarse de forma subversiva. Se trata de una tarea difícil. En su obra *Utilitarismo*, su principal intento es el tratamiento de la conciencia en el capítulo II y de la justicia en el capítulo V. Intenta mostrar que la conciencia no es una facultad antinatural del conocimiento moral, sino una disposición de los sentimientos que puede convertirse naturalmente, y no sólo artificialmente, en una sanción del principio de utilidad en sí mismo.

Mill plantea la pregunta si la felicidad es lo único deseable en última instancia. Mill responde largamente a esta pregunta, al demostrar que es lo único deseable socialmente. Esto, en su opinión, es "una cuestión de hecho y experiencia" que "sólo puede determinarse mediante la práctica de la autoconciencia y la autoobservación, ayudada por la observación de los demás". Sobre esta base, afirma que cuando queremos algo por lo que es y sin ningún otro fin, lo queremos porque pensamos que es agradable o porque no lo vemos positivamente doloroso. Considera que esta es una ley psicológica sobre todos los deseos. Esto no significa, sin embargo, que deseemos todos los objetos como medios para el placer individual. El deseo de un objeto es genuinamente un deseo de ese objeto; no es el deseo de placer como tal. Mill subraya esto diciendo que el objeto se desea como "parte" de la felicidad, no como medio para alcanzarla²⁶⁷.

Un pluralista sobre los fines humanos que acepte el método naturalista de Mill debe negar su tesis psicológica de que todo lo que deseamos, lo deseamos bajo la idea de

is the reverence for, and the inclination to square our actions by, certain general laws of morality... "Essas visões da origem das distinções morais não são", continua Mill, what [Bentham] says all such views are, destitute of any precise and tangible meaning; nor chargeable with setting up as a standard the feelings of the particular person. They set up as a standard what are assumed (on grounds which are considered to be sufficient) to be the instincts of the species, or principles of our common nature as universal and inexplicable as instincts. MILL, J.S. , BULWER-LYTTON, E., Remarks on Bentham's philosophy (1833). In: ROBSON, J. M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. X: *Essays on Ethics, Religion, and Society* (p. 3–18). Toronto: University of Toronto Press, 1969. p. 5-6.

²⁶⁷ Así que la afirmación de que la felicidad es el único fin humano, expresada con más cuidado, es la siguiente: "Whatever is desired otherwise than as a means to some end beyond itself, and ultimately to happiness, is desired as itself a part of happiness, and is not desired for itself until has become so". MILL, J.S. *Utilitarianism...*, cit., Ch. IV, para. 8.

que es placentero. Puede decir que desear algo siempre implica la idea de que vale la pena hacerlo o lograrlo, pero no siempre la idea de que hacerlo o lograrlo será placentero (o evitará el dolor). Este es un debate que se puede mantener con sutileza. Pero hay más preguntas que solucionar: ¿Por qué debería ser el bien general, el bien de todos, el criterio último, en lugar de ser el bien de cada persona en particular el criterio último para esa persona en particular? E incluso si el bien general de todos es el criterio, ¿por qué deberíamos representar el bien general como la suma del bien de cada persona?

Mill no da la respuesta exacta a esa pregunta, pero afirma que la felicidad es deseable, y lo único deseable, como fin, siendo todas las demás cosas deseables sólo como medios para ese fin²⁶⁸. Piensa claramente que la parte polémica de su tarea consiste en demostrar que esto es cierto. Todo lo que tiene que decir sobre el movimiento subsiguiente de esta tesis al principio de utilidad es que si "la felicidad de cada persona es un bien para esa persona", entonces la "felicidad general" debe ser "un bien para el conjunto de todas las personas"²⁶⁹.

El último capítulo de su obra maestra sobre el utilitarismo entra en el concepto de justicia. Él explica que **considera la "perfecta imparcialidad entre las personas" como parte del significado mismo del Principio de la Mayor Felicidad**²⁷⁰. Así pues, aquí Mill proporciona el postulado necesario de la imparcialidad. Sin embargo, el concepto de imparcialidad no produce por sí mismo el principio agregativo de distribución del utilitarismo. Maximizar la suma de la felicidad de los individuos es una forma de ser imparcial.

Podemos especular que el compromiso más fundamental de Mill en esta área es simplemente que el bienestar es la norma última de toda conducta, teniendo en cuenta el bienestar de todos de alguna manera imparcial. Si es así, podría alejarse de las tesis más específicas de que la felicidad (el placer y la ausencia de dolor) es todo lo que hay en el bienestar, y que la búsqueda imparcial del bienestar de todos debe implicar la búsqueda

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ En una carta en la que explica esta observación poco clara, dice: "I merely meant in this particular sentence to argue that since A's happiness is a good, B's a good, C's a good, etc, the sum of all these goods must be a good". MILL, J. S. Letters. In: MINEKA, F. E.; LINDLEY, D. N. (eds.). *Collected Works of John Stuart Mill*, v. XIV–XVII: *The Later Letters of John Stuart Mill 1849–1873*. Toronto: University of Toronto Press, 1972, p. 1414.

²⁷⁰ That principle is a mere form of words without rational signification, unless one person's happiness, supposed equal in degree (with the proper allowance made for kind), is counted for exactly as much as another's. MILL, J.S. *Utilitarianism...*, *cit.*, Ch. V, para. 36.

de la simple suma de su bienestar. Podríamos preguntarnos si la visión naturalista del ser humano apoya de algún modo esta idea. Tal vez se podría responder lo siguiente. En ausencia de una guía divina o de una intuición a priori, deberíamos centrarnos en lo que se descubre, mediante una investigación empírica de los sentimientos, que es lo que los seres humanos desean realmente. Además, cuando observamos a los seres humanos desde una perspectiva naturalista, no vemos ninguna razón para sostener que alguno de ellos sea más importante que otro. Y, por último, nos encontramos con que todos ellos son importantes.

El ensayo de Mill, *On Liberty*²⁷¹, presenta un famoso principio que pretende salvaguardar la libertad del individuo. Su amplia importancia, sin embargo, radica en el hecho de que en sociedades suficientemente desarrolladas la libertad de conducta sólo debe restringirse por ciertos motivos limitados: que la conducta en cuestión pueda causar daño a otros, o que constituya una molestia en un lugar público, o que implique una omisión de acción que pueda considerarse justificadamente un incumplimiento del deber hacia los demás.

Mill defiende este principio por motivos utilitaristas. Renuncia a "cualquier ventaja que pudiera derivarse para mi argumento de la idea del derecho abstracto, como algo independiente de la utilidad"²⁷². La utilidad es "la última apelación en todas las cuestiones éticas". Pero, añade, "debe ser una utilidad en el sentido más amplio, fundada en los intereses permanentes del hombre como ser progresivo"²⁷³. Detrás de esta interesante frase se esconde una visión ética global. El hombre tiene "intereses permanentes" como "ser progresivo" tanto en la historia del mundo como en su vida personal. Como muchos otros pensadores del siglo XIX, Mill pensaba en estos intereses como el sustrato fijo de la realización progresiva del potencial humano hacia la libertad: en la historia de las formaciones sociales y, una vez alcanzada la libertad, en las múltiples historias de las vidas individuales²⁷⁴.

²⁷¹ MILL, J. S. *On Liberty...*, cit.

²⁷² "I forego any advantage which could be derived to my argument from the idea of abstract right, as a thing independent of utility. I regard utility as the ultimate appeal on all ethical questions; but it must be utility in the largest sense, grounded on the permanent interests of man as a progressive being." MILL, J. S. *On Liberty*. Londres: John W. Parker and Son, 1859, p. 12

²⁷³ *Idem*, p. 224.

²⁷⁴ Y, de ahí, el harm principle: "The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.", MILL, J. S. *On Liberty...*, cit. p. 19

Los seres humanos, cree Mill, son capaces de ser elevados o degradados por su propia cultura²⁷⁵. Piensa, o espera fervientemente, que esta capacidad está presente en todos los seres humanos. Sin embargo, también piensa que las sociedades en las que la libre autocultura se hace realmente posible para todos sólo se consiguen a través de un largo desarrollo histórico. Cuando se logran, el autodesarrollo se convierte en una tarea propia del ser humano: desarrollarse a sí mismo. Las personas tienen que hacer su propio trabajo de autodesarrollo, porque las potencialidades humanas son diversas y mejor conocidas por el individuo, y porque sólo cuando los seres humanos elaboran sus propios planes de vida desarrollan la libertad moral, una cualidad del carácter que es en sí misma indispensable para una naturaleza humana superior²⁷⁶. Además, este autodesarrollo tiene lugar en un escenario histórico dinámico que siempre contiene posibilidades tanto de retroceso como de progreso. El principio de libertad pretende consolidar las condiciones sociales que permitan que el libre autodesarrollo florezca y siga floreciendo, sin estancarse ni retroceder²⁷⁷.

La fuente principal del ideal de Mill reside en cierta visión de la vida griega clásica, repensada y traída a la actualidad por el movimiento romántico. Se trata del ideal de un desarrollo equilibrado de las cualidades personales: el autogobierno racional, por un lado, y el desarrollo y la educación de los sentimientos, la "educación estética", por

²⁷⁵ "The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it" MILL, J. S. *On Liberty...*, cit., p. 26

²⁷⁶ En su obra sobre Utilitarismo, Mill deja claro que el naturalismo no impide las investigaciones morales, incluso para pensar Justicia y pena. Véase, del Capítulo 02: "To consider the rules of morality as improvable is one thing; to pass over the intermediate generalities and endeavour to test each individual action directly by the first principle of utility is another. It is a strange notion that the acknowledgment of a first principle is inconsistent with the admission of secondary ones." MILL, J.S. *Utilitarianism...*, cit., Ch. II, p. 45. Es curioso cómo ese debate se reaviva hoy, pero en sentido inverso: ¿puede alguien que no sea naturalista pronunciarse sobre cuestiones científicas? Toda esta discusión subyace en la teoría del Diseño Inteligente, que llevó a que, en 2005, el juez John Jones concluyera que no se podía enseñar el Diseño Inteligente en las escuelas, ya que negaba el darwinismo y, por tanto, no constituía ciencia. Al no ser ciencia, su enseñanza violaba la Cláusula de Establecimiento de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. De manera similar, el Consejo de Europa elaboró un informe en el que, tras advertir que "today, creationists of all faiths are trying to get their ideas accepted in Europe", rechazó el creacionismo con la afirmación, entre otras, de que "Evolution is not simply a matter of the evolution of humans and of populations. Denying it could have serious consequences for the development of our societies. Advances in medical research with the aim of effectively combating infectious diseases such as AIDS are impossible if every principle of evolution is denied. One cannot be fully aware of the risks involved in the significant decline in biodiversity and climate change if the mechanisms of evolution are not understood." (*Parliamentary Assembly, The dangers of creationism in education*, Doc. 11297, 8 June 2007, Committee on Culture, Science and Education, Rapporteur: Mr Guy LENGAGNE, France, Socialist Group.). *En contra de la decisión del caso Kitzmiller*, entre tantos, véase: EWOLF, D. K.; WEST, J.; LUSKIN, C.. *Traipsing Into Evolution: Intelligent Design and the Kitzmiller v. Dover Decision*. Seattle: Discovery Institute Press, 2006

²⁷⁷ MILL, J.S. *Autobiography...*, cit., p. 145.

otro. Es un ideal griego de autodesarrollo que el ideal platónico y cristiano de autogobierno mezclan, pero no superponen²⁷⁸. Semejante ideal de autocultura activa y noble podría parecer inadecuado para la tradición utilitarista, con su obstinada insistencia, más bien baja y pasiva, en "el placer y la ausencia de dolor". Mill no estaba de acuerdo. El ideal liberal de la autocultura humana, pensaba, era perfectamente compatible con el marco ético utilitarista. Pues solo a través de la libre autocultura, sujeta a las reglas exigidas por los intereses de todos, se alcanza el más completo autodesarrollo; y solo el más completo autodesarrollo da acceso a las más altas formas de felicidad humana. La adhesión de Mill a este principio, crucial para él, nos ayuda a comprender tres distinciones que caracterizan al utilitarismo: entre deseo y voluntad, entre calidad y cantidad de placer, y entre lo que es moralmente obligatorio y lo que simplemente es bueno hacer²⁷⁹.

En su autobiografía, fecha dos nuevas convicciones a un período de depresión que le asaltó entre 1826 y 1827 (cuando tenía 20 años). Tras su periodo de depresión, seguía pensando que solo la felicidad es el verdadero fin de la vida. Pero ahora adoptó una "teoría de la vida" según la cual "este fin sólo se alcanzaría no convirtiéndose directamente en el fin"²⁸⁰.

Cultivar los sentimientos significaba educarlos, no simplemente entregarse a ellos; y educarlos no era cuestión de disciplinarlos mediante una norma moral o religiosa externa a ellos. Se trata de trabajar desde su espontaneidad, criticándolos y reforzándolos según sus propias normas internas. En cuanto al autogobierno, la capacidad moral de

²⁷⁸ "Human nature is not a machine to be built after a model, and set to do exactly the work prescribed for it, but a tree, which requires to grow and develop itself on all sides, according to the tendency of the inward forces which make it a living thing" MILL, J. S. *On Liberty...*, cit., p. 226.

²⁷⁹ En el Sistema de la Lógica, afirma "que la promoción de la felicidad es el principio último de la Teleología" (es decir, la doctrina de los fines), pero prosigue "I do not mean to suggest that the promotion of happiness should be itself the end of all actions, or even of all rules of action. It is the justification, and ought to be the controller, of all ends, but is not itself the sole end ...I fully admit that ... the cultivation of an ideal nobleness of will and conduct, should be to individual human beings an end, for which the specific pursuit either of their own happiness or of that of others (except so far as included in that idea) should, in any case of conflict, give way. But I hold that the very question, what constitutes this elevation of character, is itself to be decided by a reference to happiness as the standard". MILL, J. S. *A System of Logic Ratiocinative...*, cit., p. 952.

²⁸⁰ Y en segundo lugar "gave its proper place, among the prime necessities of human well-being, to the internal culture of the individual ... The maintenance of a due balance among the faculties now seemed to me to be of primary importance. The cultivation of the feelings became one of the cardinal points in my ethical and philosophical creed". MILL, J.S. *Autobiography...*, cit., p. 147.

hacerse cargo de la propia vida, que implicaba tanto el desarrollo de la voluntad como la educación de los sentimientos. Mill llama a esta voluntad desarrollada "libertad moral"²⁸¹.

De modo aproximado a Kant, Stuart Mill identifica la virtud con la libertad moral. Pero no pensaba que la libertad moral fuera incompatible con la visión naturalista del ser humano de la Ilustración, aunque este problema le preocupaba profundamente. En *System of Logic*²⁸², trató de mostrar cómo podían conciliarse. Según él, lo que hacemos siempre puede explicarse causalmente por un motivo, pero ese motivo no tiene por qué ser un deseo. Como vimos antes, él piensa que el deseo siempre implica la anticipación de placer o dolor²⁸³.

La voluntad evoluciona a través de la diferenciación psicológica de los propósitos de los deseos; cuando desarrollamos propósitos, podemos luchar contra meros gustos o disgustos. La distinción es esencial para la concepción del carácter de Mill. Reaparece en el utilitarismo, donde de nuevo le encontramos insistiendo "positiva y enfáticamente"²⁸⁴.

No contradice la doctrina, porque el criterio de lo que es bueno o deseable como fin último sigue siendo lo que deseamos, no lo que queremos. La felicidad - el placer y la ausencia de dolor - sigue siendo el único fin último de la vida. Es cierto que podemos llegar a desear la virtud; Mill piensa que así puede convertirse en una "parte" de la felicidad y, por supuesto, cree que es bueno que así sea. Pero también reconoce que podemos y debemos cultivar una "voluntad de hacer lo correcto" establecida y habitual

²⁸¹ "A person feels morally free who feels that his habits or his temptations are not his masters, but he theirs: who even in yielding to them knows that he could resist... we must feel that our wish, if not strong enough to alter our character, is strong enough to conquer our character when the two are brought into conflict in any particular case of conduct. And hence it is said with truth, that none but a person of confirmed virtue is completely free". MILL, J.S. *A System of Logic Ratiocinative...*, cit., p. 841.

²⁸² MILL, J.S. *A System of Logic Ratiocinative...*, cit., cap. 2. Esta es la parte que Mill considera el mejor capítulo de toda la obra.

²⁸³ Sigue, "When the will is said to be determined by motives, a motive does not mean always, or solely, the anticipation of a pleasure or of a pain ... A habit of willing is commonly called a purpose; and among the causes of our volitions, and of the actions which flow from them, must be reckoned not only likings and aversions, but also purposes". MILL, J. S. *A System of Logic Ratiocinative...*, cit., p. 842.

²⁸⁴ Añade que [...] positively and emphatically, that the will is a different thing from desire; that a person of confirmed virtue, or any other person whose purposes are fixed, carries out his purposes without any thought of the pleasure he has in contemplating them, or expects to derive from their fulfillment". MILL, J.S. *Utilitarianism...*, cit., Ch. VI, para. 11. Sin embargo, esta "voluntad virtuosa" no es para él un bien intrínseco, como lo es para Kant. Es decir, a means to good, not intrinsically a good; and does not contradict the doctrine that nothing is good to human beings but in so far as it is either itself pleasurable, or a means of attaining pleasure or averting pain. (*Idem*)

que sea independiente de los deseos y sentimientos. El autodesarrollo equilibrado requiere fuerza de voluntad, además de fuerza de sentimientos²⁸⁵.

En el utilitarismo, sin embargo, Mill presenta la misma idea de un modo que evita este aparente rechazo del hedonismo (es decir, la opinión de que la felicidad es el único constituyente del bien humano y consiste en el placer y la ausencia de dolor). Para ello, distingue las cualidades del placer. En el capítulo II responde a quienes piensan que el hedonismo es "una doctrina digna solo de cerdos"; su respuesta es que "la acusación supone que los seres humanos no son capaces de placeres, excepto aquellos de los que son capaces los cerdos"²⁸⁶.

Es relevante preguntar si esta alineación con el hedonismo es más que una formalidad. Presumiblemente, Mill quería mantener su tesis psicológica que conecta el deseo y el placer anticipado; como se ha señalado, aparece de manera importante en su "prueba" del principio de utilidad. A menudo se ha acusado a Mill de que la supuesta distinción entre calidad y cantidad de placer es en realidad inconsistente con el hedonismo. Pero esto no es evidente. No hay ninguna razón lógica para que más de una característica de los placeres no sea relevante para estimar su valor; sin embargo, si llamamos a estas características "cantidad" y "calidad", necesitamos mantener una cuidadosa distinción entre la cantidad y la calidad de un placer, por un lado, y su grado de valor, por otro.

Entonces, ¿cómo conocemos las cualidades de los placeres? Según Mill, las cualidades, al igual que las cantidades, están determinadas por los "sentimientos y juicios

²⁸⁵ La felicidad es siempre el único fin último de la vida. Pero en el Sistema de Lógica encontramos una formulación sorprendente: "The character itself should be, to the individual, a paramount end, simply because the existence of this ideal nobleness of character, or of a near approach to it, in any abundance, would go further than all things else towards making human life happy; both in the comparatively humble sense, of pleasure and freedom from pain, and in the higher meaning, of rendering life, not what it now is almost universally, puerile and insignificant – but such as human beings with highly developed faculties can care to have". MILL, J. S. *A System of Logic Ratiocinative...*, cit., p. 952. En este pasaje, Mill define la felicidad como todo aquello que los seres humanos con facultades muy desarrolladas podrían desear tener. Parece renunciar a una concepción hedonista de la felicidad, en la que "el placer y la ausencia de dolor" se consideran solo una parte, y no constitutiva, de la felicidad. La "felicidad" abarca todo aquello que las personas con sentimientos desarrollados consideran digno de preocupación.

²⁸⁶ MILL, J.S. *Utilitarianism...*, cit., Ch. II, para. 3-4. Y añade: "It is quite compatible with the principle of utility, to recognise the fact that some kinds of pleasure are more desirable and more valuable than others. It would be absurd that while, in estimating all other things, quality is considered as well as quantity, the estimation of pleasures should be supposed to depend on quantity alone". *Idem*, para. 4. Estos placeres de mayor calidad son los placeres de los seres humanos más desarrollados, aquellos que "los seres humanos con facultades muy desarrolladas podrían desear tener".

de quien los experimenta"²⁸⁷. ¿Y cómo sabemos que un placer de mayor calidad (en igualdad de condiciones) es más valioso? Como naturalista, Mill piensa que **el único criterio para este juicio, al igual que para los juicios de valor básicos en general, es la práctica reflexiva: el autoexamen y la discusión**. Una lectura contemporánea puede revelar el elitismo del autor: piensa que sólo unas pocas personas son competentes para juzgar la calidad, frente a la cantidad, del placer. Sin embargo, este elitismo es consecuencia directa de la idea de que los sentimientos pueden cultivarse y desarrollarse. A través de este cultivo se accede a cualidades superiores del placer; por tanto, el cultivo es necesario para ser un juez competente.

No obstante, como he señalado, Mill piensa que, en principio, todos los seres humanos pueden cultivar sus sentimientos, aunque sus sensibilidades afectivas pueden apuntar en diferentes direcciones de desarrollo y darles distintos poderes de placer²⁸⁸.

Consideremos finalmente cómo influye el liberalismo de Mill en su explicación del deber moral. Observemos que su principio de libertad permite la prohibición o coacción de una conducta solo por razones específicas. Una de estas razones es que una acción perjudique a otros, otra es que una omisión de acción pueda considerarse justificadamente una violación del deber hacia los demás. Pero, ¿qué deberes tenemos para con los demás? ¿No tenemos, según los utilitaristas, el deber moral permanente de hacer lo mejor para todos? ¿No podemos, por tanto, estar obligados a cumplir este deber, según el principio de libertad? Tal conclusión derribaría el principio, porque la distinción entre el significado moral de dañar a otros, por un lado, y no beneficiarlos, por otro, es bastante básica para su fuerza protectora de la libertad²⁸⁹.

²⁸⁷ *Idem*, para. 8.

²⁸⁸ No hay incoherencia en la posición de Mill, pero eso no significa que sea cierta. Además, persiste la impresión de que en realidad apela a intuiciones que no son hedonistas. Por ejemplo, señala que "being of higher faculties requires more to make him happy, is capable probably of more acute suffering, and is certainly accessible to it at more points, than one of an inferior type; but in spite of these liabilities, he can never really wish to sink into what he feels to be a lower grade of existence". MILL, J.S. *Utilitarianism...*, cit., Ch. II, para. 6.

²⁸⁹ Mill no cree que tengamos el deber permanente de hacer lo mejor para todos. De hecho, se opuso firmemente a esta noción - por ejemplo, en su crítica a su contemporáneo francés Auguste Comte, a quien consideraba un "hombre intoxicado por la moral": "There is a standard of altruism to which all should be required to come up, and a degree beyond which it is not obligatory, but meritorious. It is incumbent on every one to restrain the pursuit of his personal objects within the limits consistent with the essential interests of others. What those limits are, it is the province of ethical science to determine; and to keep all individuals and aggregates of individuals within them, is the proper office of punishment and of moral blame. If in addition to fulfilling this obligation, persons make the good of others a direct object of disinterested exertions, postponing or sacrificing to it even innocent personal indulgences, they deserve gratitude and honour, and are fit objects of moral praise. So long as they are in no way compelled to this

La teoría del deber moral que Mill presenta en el capítulo V es fundamental para esta versión liberal del utilitarismo. Allí define una ofensa moral como un acto por el que el individuo debe ser castigado "si no por la ley, por la opinión de sus semejantes; si no por la opinión, por los reproches de su propia conciencia"²⁹⁰.

Así pues, en opinión de Mill, la moral y la ley son códigos disciplinarios mediante los cuales la sociedad ejerce su soberanía sobre el comportamiento individual. Esto no significa negar que hay cuestiones importantes sobre cuándo la sociedad debe ejercer su soberanía solo a través del castigo moral y cuándo debe hacerlo a través de una sanción legal positiva. En cualquier caso, Mill se preocupa por garantizar que la soberanía de la sociedad se mantenga dentro de unos límites estrictos. Su doctrina es que una acción que no viola ningún otro deber nunca es moralmente mala, y su teoría de los deberes morales es liberal, no rigorista. Sin embargo, la justificación de esta visión liberal, según Mill, sigue siendo utilitarista. El argumento básico del liberalismo es que los seres humanos alcanzan las formas más valiosas de felicidad bajo la moral y el derecho liberales.

2.4 El utilitarismo de Jeremy Bentham

La filosofía utilitarista, como un cuerpo teórico consolidado, tiene su indiscutible origen en Jeremy Bentham²⁹¹. En relación con el derecho penal y la función de la pena, además del perdón y la negociación, es quien más claramente escribe sobre el tema. Por ello, estudiar el utilitarismo penal implica, básicamente, la revisión del trabajo del filósofo inglés, fallecido en el año 1832, quien publicó su *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* en 1789²⁹². A partir de su obra, otros autores tuvieron mucho más

conduct by any external pressure, there cannot be too much of it; but a necessary condition is its spontaneity; since the notion of a happiness for all, procured by the self-sacrifice of each, if the abnegation is really felt to be a sacrifice, is a contradiction". MILL, J. S. August Comte and Positivism (1865). In: ROBSON, J. M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*, v. X: *Essays on Ethics, Religion, and Society* (p. 261–368). Toronto: University of Toronto Press, 1969, p. 337–338.

²⁹⁰ "It is", él continua, "a part of the notion of Duty in every one of its forms, that a person may rightfully be compelled to fulfill it. Duty is a thing which may be *exacted* from a person, as one exacts a debt". MILL, J.S. *Utilitarianism...*, *cit.*, Ch. V, para. 14. La moral se ocupa de lo que un individuo puede ser "obligado", y no sólo "persuadido y exhortado", a hacer.

²⁹¹ Bentham define utilitarismo como: "The principle of utility is the foundation of the present work: it will be proper therefore at the outset to give an explicit and determinate account of what is meant by it. By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness". BENTHAM, J. *An introduction to the ...*, *cit.*, p. 11.

²⁹² BENTHAM, J. *An introduction to the ...*, *cit.*

facilidad para disertar sobre el tema, como por ejemplo Stuart Mill, quien, según narra en su biografía, lo había leído en Londres. El libro se volvió popular en el Continente cuando Stuart Mill, siendo un joven de 15 años, lo leyó en Londres en 1821, quedando inmediatamente impactado²⁹³. Su afirmación por la cual “*The greatest happiness of the greatest number is the foundation of morals and legislation*” es una guía para el trabajo de los utilitaristas en general²⁹⁴.

En su *Introduction*, Bentham esbozó una nueva y audaz filosofía pública que llamó la atención del conde de Shelburne, Secretario de Estado británico durante un tiempo en la década de 1760 y más tarde poderoso líder de la oposición whig. Mientras visitaba la finca del conde en Wiltshire en 1791, dos años después de la publicación de su *'Introduction'*, Bentham registró un sueño²⁹⁵: el de fundar una *'secta'* de utilitarismo. Claro, hay en ello una hipérbole por parte del autor, pero sí es verdad que él consideraba su **filosofía utilitarista como un credo** y no solo como un conjunto de tesis y argumentos abstractos. Su proyecto de “**crear el tejido de la felicidad de la mano de la razón y la ley**” exigía un compromiso de por vida, y él dedicó voluntariamente su corazón y su mente a la causa²⁹⁶. Cuarenta años más tarde, el joven Mill abrazaría el mismo credo. Poco después de leer el *'Traité'*, Mill reunió a un grupo de jóvenes intelectuales en una sociedad de debate, un marco para la reforma social radical, a la que llamó *'Sociedad Utilitarista'*. El sueño de Bentham se había hecho realidad.

²⁹³ “When I laid down the [book], I had become a different being. The ‘principle of utility’ understood as Bentham understood it ... gave unity to my conceptions of things. I now had opinions; a creed, a doctrine, a philosophy; in one among the best senses of the word, a religion”. MILL, J. *Autobiography*. New York: Penguin Books, 1989, p. 68.

²⁹⁴ “The greatest happiness of the greatest number is the foundation of morals and legislation. The principle of utility neither requires nor admits of any other regulator than itself. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain subject to it all the while. The principle of utility recognises this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law.” BENTHAM, J. (1776). *A Fragment on Government*. Londres: T. Payne, 1776 (facsimile disponible em InternetArchive).

²⁹⁵ I dreamt t’other night that I was the founder of a sect ... It was called the sect of *utilitarians* ... [Later] as I was musing over [a] book there came to me a great man named Ld S and he said unto me what shall I do to save the nation? I said unto him – take up my book & follow me. BENTHAM, J. *An Introduction to the ...*, cit., p. 41-42.

²⁹⁶ BENTHAM, J. *An Introduction to the ...*, cit., p. 11.

El principio de utilidad, o como prefirió llamarlo más tarde, el "principio de la mayor felicidad"²⁹⁷, era el axioma fundamental de la filosofía moral y política de Bentham. Este "gobernante y administrador de todas las cosas" debía funcionar tanto como principio evaluativo como de toma de decisiones. Como principio evaluativo, establecía los fundamentos últimos de la rectitud de la acción y ofrecía el último tribunal de apelación para las disputas morales y políticas. Como principio de decisión, debía guiar las deliberaciones y decisiones de todos los agentes morales. Sin embargo, la obra de Bentham se centró casi exclusivamente en cuestiones de moralidad pública e institucional, más que interpersonal, lo que determinó en gran medida su concepción del principio de utilidad. Bentham articuló una filosofía pública dirigida principalmente a legisladores y responsables constitucionales preocupados por el diseño y la construcción de instituciones sociales, económicas y políticas. Más adelante en su vida, escribió un libro dedicado a cuestiones de moral privada e interpersonal, titulado *'Deontology'*²⁹⁸, término que, si no lo creó él mismo, le otorgó significado. Incluso este libro aborda la moralidad en el espíritu de su filosofía pública, centrándose en gran medida en formas informales de persuadir a las personas para que actúen conforme al principio utilitarista²⁹⁹.

El concepto de moralidad de Bentham surgió de dos ideas fundamentales.

La primera coincide con Hume: **promover el bien general de la comunidad** es el objetivo básico de la moralidad. Podemos llamar a esto consecuencialismo universal, ya que se dice que la corrección de las acciones está estrictamente en función de sus consecuencias para todos. Su segundo fundamento era que el placer y el dolor en sí mismos son ambivalentes, como buenos o malos³⁰⁰. "Bueno", escribió Bentham, es simplemente "placer o exención de dolor: o una causa o instrumento de cualquiera de ellos" y el mal "es dolor o pérdida de placer; o una causa o instrumento de cualquiera de ellos"³⁰¹; y el bien moral es una cuestión de placer y dolor considerados imparcialmente,

²⁹⁷ "The community is a fictitious *body*, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its *members*. The interest of the community then is, what? — the sum of the interests of the several members who compose it." *Idem*, p. 11.

²⁹⁸ BENTHAM, J. *Deontology together with a Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*. ed. A. Goldworth. Oxford: Clarendon Press, 1983.

²⁹⁹ POSTEMA, G. J. Introduction. In: POSTEMA, G. J. (ed.). *Jeremy Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*. v. 1, p. xi–xxxi. Aldershot: Dartmouth, 2002, p. xxiii–xxiv; DINWIDDY, J. *Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy*. ed. W. Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 134–54.

³⁰⁰ BENTHAM, J. *An Introduction to the ...*, *cit.*, p. 88–89 e 100.

³⁰¹ BENTHAM, J. *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*. ed. P. Schofield and J. Harris. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 256.

en la medida en que tienden a ser producidos por la acción humana voluntaria³⁰². Bentham nunca cuestionó el valor intrínseco último del placer, pero más adelante veremos que el papel del placer y el dolor en su teoría moral era más complejo de lo que sugiere esta formulación inicial. La unión de este hedonismo imparcial con el consecuencialismo universal produce la opinión de que lo que los agentes morales deben hacer, o lo que es correcto que hagan, es lo que promueve la felicidad general de las personas consideradas imparcialmente³⁰³. A esto, Bentham añade que sólo cuando palabras como "bueno", "malo", "correcto" e "incorrecto" se entienden de esta manera "tienen un significado"; de lo contrario, "no tienen ninguno"³⁰⁴.

Poco a poco, Bentham refinó esa formulación de sus principios. Sin embargo, durante mucho tiempo, los críticos han argumentado que no necesitamos considerar el punto de vista más allá, porque ya podemos ver que se basa en una confusión elemental. Definir el "bien" en términos de placer y el "deber moral" en términos de la tendencia de las acciones voluntarias a promoverlo en general, argumentan, es confundir el valor con el hecho y el deber con el ser; una confusión que Hume identificó claramente cuarenta años antes de que Bentham comenzara a inscribirlos.³⁰⁵

Por un lado, Bentham no ignoró, sino que celebró el "descubrimiento" de Hume de la distinción entre el ser y el deber, y se basó en gran medida en ello para su crítica de las antiguas teorías de la ley natural de la moral y el derecho³⁰⁶. Al igual que Hume, consideraba que los juicios morales y valorativos eran expresiones de sentimientos³⁰⁷. Si así es como Bentham entendía los juicios morales, el crítico podría preguntarse si esto lo compromete con la opinión de que los juicios morales son meras declaraciones encubiertas sobre el estado de ánimo de una persona³⁰⁸. La respuesta es ciertamente negativa, ya que debemos distinguir entre si alguien está diciendo que le gusta, odia, aprueba o detesta algo y si está expresando ese sentimiento. Supongamos que pronuncio

³⁰² BENTHAM, J. *Deontology together...*, cit., p. 89.

³⁰³ BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 11-13.

³⁰⁴ BENTHAM, J. *Deontology together...*, cit., p. 90.

³⁰⁵ HARRISON, R. *Bentham*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984, p. 100-110.

³⁰⁶ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham (1838-1843)*. 11 v. ed. J. Bowring. Edinburgh: William Tait. Reproduced New York: Russell & Russell, 1962, p. 128.

³⁰⁷ "To what shall the character of utility be ascribed, if not to that which is a source of pleasure? To what, if not to that which is a source of pain? The utility of a thing is its tendency to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered. BENTHAM, J. *An introduction ...*, p. 32.

³⁰⁸ Es una idea de autorreferencia.

sinceramente la frase: "La luna está hecha de queso verde". Así, Bentham sólo puede escapar de la confusión entre el ser y el deber negando la objetividad de los juicios morales³⁰⁹.

Es cierto que la comprensión de Bentham del análisis expresivista de los juicios morales era incierta. Le resultaba difícil renunciar a la idea de que, además de expresar sentimientos o creencias, los juicios individuales son autorreferenciales³¹⁰. Pero a diferencia de los subjetivistas modernos y algunos expresivistas, Bentham rechazó la idea de que esta característica de los juicios morales nos lleve al escepticismo moral. Por un lado, pensaba que el análisis era apropiado para todos los juicios, tanto fácticos como valorativos³¹¹; por lo tanto, no creía que proporcionara una base para separar la moral del escepticismo, y encontraba impensable el escepticismo universal. Además, pensaba que el análisis le proporcionaba el punto de partida para una argumentación decisiva a favor de su principio de utilidad³¹².

Como muchos otros filósofos del siglo XVIII, Bentham consideraba que el principio de utilidad era un constituyente de las psicologías, "un acto de la mente", y no una proposición normativa que existiera al margen de la experiencia³¹³.

Visto así, el principio se dirige a los sentimientos humanos de aprobación y desaprobación, juzgando juicios humanos. Aquí hay dos afirmaciones que se pueden resaltar. En primer lugar, sugiere que las aprobaciones y desaprobaciones están sujetas a una evaluación racional. Los sentimientos humanos se dirigen al mundo; tienen que ver con el mundo más allá de ellos, no sólo con hechos psicológicos brutos. Y pueden ser correctos o incorrectos, apropiados o inapropiados a la luz de los hechos sobre el mundo al que se dirigen. Así, Bentham asume que los juicios morales significativos no se limitan a expresar o declarar un hecho sobre el estado mental del evaluador; apuntan más allá de los sentimientos subjetivos hacia algo público y disponible para los demás. En segundo

³⁰⁹ Sobre la subjetividad de los juicios morales "The morality of an action depends entirely upon its consequences; and the same action may be moral or immoral, according to the different consequences which it produces in different circumstances. The sentiment of approbation or disapprobation is not a fixed and unalterable standard, but varies according to the effects which the action produces." BENTHAM, J. *Deontology together...*, cit., p. 149.

³¹⁰ BENTHAM, J. *First Principles...*, cit., p. 229-230.

³¹¹ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, cit., p. 321.

³¹² HART, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 248-249.

³¹³ "It is a sentiment of approbation/ ... which, when applied to an action, approves of its utility, as that quality of it by which the measure of approbation or disapprobation bestowed upon it ought to be governed". BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 12.

lugar, afirma que el principio de utilidad proporciona los recursos para juzgar estos juicios y los sentimientos que expresan; de hecho, el principio de utilidad es el único principio que puede hacerlo³¹⁴.

Conectemos esto con el análisis de Bentham sobre los juicios morales. Sostenía que los juicios morales son expresiones de aprobación, pero no todas las expresiones de aprobación pueden calificarse de juicios morales significativos, porque pretenden ser algo más que meras afirmaciones de los propios sentimientos infundados de alguien, lo que en otra persona podría llamarse un capricho³¹⁵. Reclaman para sí una autoridad que se fundamenta en razones independientes del sentimiento expresado e independientes del ipse dixit ("porque lo digo yo") del evaluador. Un principio moral es "una norma de lo correcto y lo incorrecto con respecto a todos los demás hombres". No debe ser ni "despótico" (imponiendo sus sentimientos idiosincrásicos a todos los demás, sin permitirles el mismo privilegio) ni "anárquico" (permitiendo "tantas normas diferentes de lo correcto y lo incorrecto como hombres haya"³¹⁶). La justificación moral, en opinión de Bentham, tiene una dimensión pública esencial: es la justificación "de una persona dirigida a la comunidad"³¹⁷. Así, las razones que sustentan los juicios morales deben poder ser comunicadas y apreciadas por otras personas.

Los juicios sobre la utilidad de las acciones, y sólo ellos, pasan esta rigurosa prueba de publicidad, argumenta Bentham³¹⁸. El placer y el dolor, y las acciones que tienden a producirlos, "son las únicas fuentes claras de ideas en moral", porque son "asuntos de experiencia" para todos nosotros y, por tanto, "estas ideas pueden reproducirse familiarmente en todo el mundo"³¹⁹. Sobre la base de esta experiencia común, el bien y el mal morales pueden ser "conocidos y explicados"³²⁰. Bentham concluyó que el principio de utilidad, aunque expresa un sentimiento de aprobación, se refiere más allá de sí mismo a una propiedad públicamente observable de las acciones, a saber, su utilidad y, más concretamente, al placer y el dolor que producen. Esta propiedad

³¹⁴ "No otherwise than by reference to the *greatest happiness* principle, can such epithets such as *good* and *evil*, or *good* and *bad*, be expressive of any quality in the *act* or other *object* to which they are applied". BENTHAM, J. *Legislator of the World...*, cit., p. 256.

³¹⁵ BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 14.

³¹⁶ BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 15.

³¹⁷ *Idem*, p. 28.

³¹⁸ *Idem*, p. 32-33.

³¹⁹ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham...*, cit., p. 163.

³²⁰ *Idem*, p. 238.

proporciona una medida mediante la cual el sentimiento expresado por los juicios morales puede evaluarse como razonable o no.

La condición de publicidad también explica y fundamenta el requisito de imparcialidad en el núcleo del principio utilitarista de Bentham. Supongamos que se acepta que las consideraciones sobre la propia felicidad proporcionan razones de peso para actuar. ¿Podría un principio que da un peso singular a las consideraciones sobre mi felicidad pasar la prueba de la publicidad? Ciertamente no, insiste Bentham, porque los juicios morales se presentan como vinculantes para todos los agentes morales, y ningún principio que privilegie mi punto de vista podría esperar garantizar el acuerdo de otros agentes morales. La argumentación pública en apoyo de los juicios morales sólo es posible si se concede la misma importancia al punto de vista de cada agente: dado que el punto de vista moral es público, debe ser imparcial. Visto imparcialmente, la felicidad de una persona no es más o menos importante que la felicidad de cualquier otra persona; por tanto, el principio moral fundamental debe tratar por igual la felicidad o los intereses de cada persona³²¹.

Los derechos naturales se consideran derechos morales que existen independientemente de la ley y están arraigados en la naturaleza de los seres humanos³²²; además, se dice que superan las pretensiones de la ley y el bienestar general. Esta noción de derechos naturales es contradictoria o vacía, argumentó Bentham. Su demostración presupone su análisis del concepto de derecho. Reclamar un derecho, argumentaba, es exigir que alguien haga algo en beneficio propio o se abstenga de interferir con su libertad en algún aspecto. Si esta reivindicación es algo más que la

³²¹ La única versión de un principio de utilidad que cumple este requisito, argumentaba Bentham, es el Principio de la Mayor Felicidad: "In the eyes of every impartial arbiter, writing in the character of legislator, and having exactly the same regard for the happiness of every member of the community in question as for that of every other, the greatest happiness of the greatest number of the members of that same community can not but be recognized in the character of the right and proper, and sole right and proper, end of government". BENTHAM, J. *First Principles...*, cit., p. 235.

³²² En 1792, Bentham fue nombrado ciudadano honorario de Francia por su nuevo gobierno revolucionario. Sin embargo, esto no lo disuadió de criticar la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Calificó la idea de los derechos naturales, que estaba en el centro de la Declaración revolucionaria, de "tontería pestilente" y la idea de derechos naturales e impredecibles de "tontería sobre zancos". Su famoso ataque encaja en un patrón de hostilidad benthamista hacia las apelaciones a la justicia, la ley natural, los derechos naturales y nociones afines en el discurso jurídico y político. En su opinión, todas estas apelaciones adolecían de "ipse dixitismo". No debería sorprendernos descubrir, entonces, que su crítica de los derechos se basaba directamente en el argumento a favor de la publicidad de los juicios morales que acabamos de considerar. Véase BENTHAM, J. *Anarchical fallacies and supply without burden*. In: WALDRON, J. (ed.). *Non-sense upon Stilts*. London: Methuen, 1987, p. 53

³²³ WALDRON, J. (ed.). *Nonsense upon Stilts*. London: Methuen, 1987, p. 22-28.

expresión de un deseo ocioso, es decir, si se toma en serio como una reivindicación moral, debe afirmar la existencia de una obligación para la otra parte de prestar este servicio o abstenerse de determinadas acciones. Este juicio moral solo es creíble, según Bentham, si está respaldado por una norma pública que imponga la obligación a la otra parte y la respalde con una sanción creíble. El derecho positivo proporciona tales normas, pero el "derecho natural" no, precisamente porque se aísla de las únicas fuentes posibles de tales normas públicas. Los derechos son reales cuando las obligaciones que implican están sancionadas por el derecho positivo, pero en ausencia de derecho positivo, los derechos son ficciones vacías y contradictorias. Un derecho es "hijo de la ley", insistía Bentham, pero "un derecho natural es un hijo que nunca tuvo padre, una especie de calor frío, una especie de humedad seca, una especie de oscuridad resplandeciente"³²⁴.

Además, la idea de derechos imprescriptibles es prácticamente incoherente y poco práctica, en opinión de Bentham. Reconocer el derecho de Juan es reconocer la obligación correlativa de Juan, pero esta obligación restringe la libertad de Juan y frustra sus intereses. Esto puede justificarse, pero sólo si se observan claramente los intereses contrapuestos de todas las partes. Los derechos imprescriptibles, sin embargo, centran la atención exclusivamente en los intereses de la persona afortunada que reclama el derecho y ciegan ante los intereses de todos los demás.

La crítica de Bentham a los derechos naturales, al igual que su crítica a la justicia en general, es en última instancia una crítica a la retórica de los derechos y la justicia. En su opinión, el problema con estas importantes nociones morales es que, en el discurso moral y político, están aisladas del único contexto en el que se les podría dar un contenido racional, a saber, la consideración de la felicidad o el bienestar de la comunidad. En cuestiones menos controvertidas, en lugar de simplemente rechazar hablar de justicia y derechos, Bentham tendía a pensar en la justicia como una especie de utilidad general, preocupada por ciertos recursos especialmente importantes y necesarios para la protección y promoción del bienestar de la comunidad, por ejemplo, la seguridad de la acción y de los medios de subsistencia y el bienestar³²⁵.

³²⁴ BENTHAM, J. *Anarchical fallacies...*, *cit.*, p. 73.

³²⁵ Más adelante en su vida, anotó una idea intrigante en su libro de lugares comunes. "Justice is beneficence", escribió el, "in cases in which the non-performance of it is considered as punished, or punishable by the force of one or other of the several sanctions: principally the political, including the legal, and the moral or popular". BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, *cit.*, p. 511.

La idea parece ser que la justicia y los derechos morales se encuentran entre las preocupaciones más importantes de la moralidad, tan importantes para el bienestar social que los costos sustanciales de hacerlos cumplir por ley pueden justificarse por motivos utilitaristas. Este es el núcleo del análisis de la justicia y los derechos morales que Mill desarrolló más tarde en el capítulo V de Utilitarismo³²⁶. Sostuvo sistemáticamente que los derechos son reales solo en la medida en que son efectivamente aplicados por la ley, no solo que ciertos bienes u oportunidades deberían ser aplicados. En 'Falacias anárquicas', escribió: "una razón para desear que se establezca un determinado derecho, no es ese derecho - la necesidad no es suministro - el hambre no es pan"³²⁷.

Sin embargo, la forma en que Bentham hace las paces con la retórica de los derechos y la justicia, asimilándolos y tratándolos como especies de utilidad, deja su filosofía pública vulnerable a una crítica muy común. A menudo se ha argumentado que el utilitarismo no se toma en serio los derechos ni a las personas individuales³²⁸. El principio de utilidad, se argumenta, nos obliga a sacrificar la felicidad de los seres humanos individuales siempre que se pueda lograr un aumento neto del bienestar de la comunidad. Este sacrificio del individuo por el bien de la comunidad más amplia no se evita asegurando que el bien o la felicidad de todos los miembros de la comunidad se considere imparcialmente, se argumenta, porque el bien puede ser realizado por la comunidad en su conjunto, incluso si el bien es sólo marginal, puede disminuir totalmente el sacrificio de algunos³²⁹.

¿Es ésta una crítica justa al utilitarismo de Bentham? Lo es, si (1) **Bentham entiende el bienestar de una comunidad en cualquier momento como la simple suma del placer disfrutado por sus miembros individuales menos los dolores que experimentan**, y (2) el principio de la mayor felicidad nos exige maximizar la felicidad de la comunidad así entendida. Sin embargo, hay pruebas (aunque no concluyentes) de que tenía una concepción bastante diferente, más compleja y sutil, del principio utilitarista y, sobre todo, de la teoría del valor que constituye su núcleo³³⁰.

³²⁶ MILL, J. S. Utilitarianism. In: ROBSON, J. M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*. v. X: *Essays on Ethics, Religion, and Society*. Toronto: University of Toronto Press, 1969, p. 203–59.

³²⁷ BENTHAM, J. Anarchical fallacies..., *cit.*, p. 53.

³²⁸ Así, RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, p. 31.

³²⁹ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978, p. 40.

³³⁰ POSTEMA, G. J. "Bentham's utilitarianism.". In: WEST, H. R. (ed.). *Utilitarianism*. Blackwell Publishing, 2006, p. 33.

No es sorprendente que muchas generaciones de lectores hayan deducido de este pasaje que Bentham estaba comprometido con la opinión de que el concepto de placer (y dolor) era fundamental tanto para su filosofía moral ("la norma de lo correcto y lo incorrecto") como para su teoría de la motivación humana ("la cadena de causa y efecto" que vincula la acción humana)³³¹. Pero es fácil pasar por alto el hecho de que Bentham concluye este párrafo inicial con las palabras: "no más metáfora y declamación: no es por estos medios por los que se ha de mejorar la ciencia moral". Bentham pensó que su metáfora tenía valor, pero advirtió que si se tomaba demasiado en serio, oscurecería las características esenciales de la moralidad³³². Bentham nos desafía aquí a examinar detenidamente el papel que desempeñan los conceptos de placer y dolor en su teoría moral.

¿Por qué tuvo Bentham la tentación de coronar al placer y al dolor como los amos soberanos de la vida moral? Podemos responder a esta pregunta examinando una idea intuitiva que configuró decisivamente toda su perspectiva moral. Promover el bien de la comunidad en su conjunto (consecuencialismo universal) es el objetivo central de la moral, tal y como lo veía Bentham, pero la preocupación moral fundamental es el bienestar de los individuos (llamémosle bienestarismo individual)³³³. La moralidad no se centra en el bien de una entidad abstracta ("la comunidad"), sino en el bien de los seres humanos, en particular, en cómo les va en la vida, y, tal como lo veía Bentham, lo evaluamos desde el punto de vista de los individuos que viven esas vidas. El bien moralmente relevante de una persona es bueno a los ojos de esa persona, algo que le importa y por lo que tiene un interés activo. Por tanto, si la vida de una persona va bien o mal, debe medirse por el grado en que la experimenta como satisfactoria o decepcionante³³⁴. "Felicidad" es una palabra vacía, a menos que se entienda en términos de sentimientos humanos, de experiencia subjetiva. El principio de utilidad se presenta para ver el sufrimiento y el placer humanos como las únicas fuentes y pruebas de lo correcto y lo incorrecto³³⁵. Esta noción intuitiva llevó a Bentham a definir el alcance de

³³¹ Bentham abre su obra más leída con la siguiente afirmación: "Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand, the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne". BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 11.

³³² *Idem*, p. 11-12.

³³³ BENTHAM, J. *Deontology together...*, cit., p. 125.

³³⁴ SUMNER, L. W. Welfare, happiness, and pleasure. In: POSTEMA, G. J. (ed.). *Jeremy Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*. v. 1. Aldershot: Dartmouth, 2002, p. 103.

³³⁵ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham...*, cit., p. 238.

su teoría moral utilitarista de forma muy amplia, para incluir el bienestar de todas las criaturas sensibles. Si el hecho moral fundamental es el sufrimiento, entonces una criatura merece la atención moral solo en la medida en que sea capaz de sufrir, argumentó. La cuestión no es: ¿pueden razonar? ni, ¿pueden hablar? sino, ¿pueden sufrir?^{336 337}

El placer había sido un concepto psicológico básico en el léxico filosófico británico desde al menos el siglo XVII, por lo que era natural que Bentham asociara la experiencia subjetiva - sufrimiento y placer - con los conceptos simples y familiares de placer y dolor. En primer lugar, pensaba que preocuparse por algo no es más que sentir placer por ello. Además, al igual que Hume, pensaba que la experiencia inmediata del placer y el dolor proporcionaba un único punto de contacto simpático entre los seres sensibles. Por naturaleza, respondemos con simpatía al sufrimiento y las alegrías de los demás; por lo tanto, pensaba, podemos esperar inducir a la gente a reconocer el valor moral de los sufrimientos y las alegrías de los demás reflexionando sobre su convicción del significado moral de su propia experiencia. Además, como se ha visto, Bentham se inclinaba a pensar que los placeres y los dolores tienen un tipo de solidez empírica y realidad pública que los hace especialmente apropiados como bases para el discurso moral público.

Con los placeres y los dolores como unidades básicas de valor y el objetivo último del bienestar de la comunidad en su conjunto, era tentador para alguien como Bentham, que odiaba las abstracciones, pensar en el bienestar de la comunidad como un gran compuesto de los placeres y los dolores de los individuos. A veces sugiere que, sobre la base del hedonismo ético, es posible construir una poderosa máquina de deliberación ética, capaz de producir juicios y prescripciones precisos, determinados y públicamente verificables para todas las ocasiones morales, tanto privadas como públicas. Desde este punto de vista, una vez que hacemos una evaluación precisa y determinada de las cantidades de placer y dolor de todas las criaturas afectadas por alguna gama de acciones o políticas abiertas a nosotros, podemos calcular sus sumas de bienestar relativo y elegir la acción o política que salga mejor parada. Pero esta noción de cálculo del placer supone

³³⁶ “Quem está aí que não é suscetível de desconforto e conforto - de dor e prazer?” el pregunta, y supone que naturalmente nos unimos a él para sacar la conclusión de que la “felicidade e infelicidade de qualquer membro da comunidade ... [não é] maior ou menos [uma] parte ... da felicidade universal e infelicidade, do que a de qualquer outro” y por eso se les debe todo el respeto. BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham...*, cit., p. 459.

³³⁷ BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 283.

(1) que el placer es una cualidad simple, discreta y homogénea que acompaña a todas las experiencias placenteras (y que el dolor es la cualidad correspondiente a las experiencias de sufrimiento, frustración y decepción), (2) que se presentan en cantidades mensurables públicamente, y (3) que lo experimentado por una persona puede compararse, al menos en lo que respecta a sus cantidades moralmente relevantes, con lo experimentado por todos los demás afectados y sumar las cantidades. Sin embargo, un poco de reflexión revela que estos supuestos son muy poco plausibles³³⁸. Bentham lo reconocía. Aunque a veces (especialmente en el capítulo IV de la Introducción) parece respaldar la noción de un cálculo moral del placer, hay buenas razones para pensar que no concedía mucha importancia a esta idea³³⁹.

En términos políticos, los conflictos de intereses y las decisiones de política pública siempre implican compensaciones, sacrificando unos intereses por el bien de otros. Según la visión utilitarista estándar (basada en la concepción abstracta de la felicidad), estas compensaciones solo están justificadas en el caso de maximizar la utilidad agregada o la felicidad de los miembros de la comunidad en su conjunto. Sin embargo, la concepción individualista de la felicidad de Bentham y su atención a los intereses más que al placer lo llevaron a una visión bastante diferente. El principio de utilidad, argumentaba, exigía a los responsables políticos y decisores utilitaristas que promovieran el "interés universal" y evitaran a toda costa el "sacrificio siniestro"³⁴⁰. Por "interés universal" entendía aquel interés que es común a uno mismo y a todos los demás miembros de la comunidad. Al interés universal se opone el interés "siniestro" o privado: aquel interés que es particular y peculiar de un individuo o pequeño grupo, y que entra en conflicto con el interés universal³⁴¹.

³³⁸ "Prejudice apart, the game of push-pin is of equal value with the arts and sciences of music and poetry. If the game of push-pin furnish more pleasure, it is more valuable than either. Everybody can play at push-pin: poetry and music are relished only by a few." BENTHAM, J. *The rationale of rewards...* cit p. 29. Sin embargo, no deja de ser tajante sobre la posibilidad de ese cálculo, esencia de su utilitarismo: "'To take an exact account then of the general tendency of any act, by which the interests of a community are affected, proceed as follows. Begin with any one person of those whose interests seem most immediately to be affected by it: and take an account of the value of each distinguishable pleasure which appears to be produced by it in the first instance; of each pain: ... Sum up all the values of all the pleasures on the one side, and those of all the pains on the other. The balance, if it be on the side of pleasure, will give the good tendency of the act upon the whole, with respect to the interests of that individual person; if on the side of pain, the bad tendency of it upon the whole.'" BENTHAM, J. *An Introduction to the...* cap. 04, p. 78

³³⁹ BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 50-ss.

³⁴⁰ BENTHAM, J. *First Principles...*, cit., p. 170-195.

³⁴¹ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham...*, cit., p. 127.

El interés universal no es el producto de la agregación de los intereses de todos los miembros de la comunidad. Es más bien el producto de la convergencia de los diversos intereses de la comunidad en torno a determinados bienes y oportunidades. La noción de Bentham comparte algunas características con lo que los economistas llaman "bienes públicos". La provisión de estos bienes beneficia a (casi) todos los miembros de la comunidad: todos tienen una parte, y solo es posible proporcionárselos a algunos si están disponibles en las mismas condiciones para todos. El ejemplo favorito de Bentham de este tipo de bien es la seguridad: seguridad frente a ataques violentos y expropiaciones, y el disfrute de un entorno razonablemente predecible y no hostil para la interacción social cotidiana³⁴².

El interés universal, por tanto, no es el interés de alguna entidad colectiva, ni la suma neta de los intereses (potencialmente conflictivos) o la felicidad de los miembros individuales de la comunidad. Es, más bien, la intersección de sus intereses individuales, el producto de una especie de negociación virtual entre los miembros de una comunidad. El interés universal consiste en proyectos que uno puede razonablemente esperar que otros persigan con él: "cada interés separado y siniestro encuentra un obstáculo, que es insuperable, en cualquier otro interés separado y siniestro", escribió Bentham, "pero la participación de cada hombre en el interés universal encuentra un aliado y un coautor en la participación de cualquier otro hombre en el interés universal"³⁴³. Así, Bentham pensaba en el bienestar social en términos de los intereses ampliamente convergentes de los miembros de la comunidad.

Con toda esa construcción, que aquí aparece como un resumen del pensamiento de Bentham³⁴⁴, que, como tantos otros filósofos, incluyó el derecho penal como uno de los ejes relevantes de su pensamiento político³⁴⁵. Los libros XIII y XIV de su "*Principle of Morals and Legislation*" parecen, como se mencionó antes, un elogio al acuerdo de culpabilidad, a la delación premiada, por todo su razonamiento. Basta, en este sentido,

³⁴² BENTHAM, J. *First Principles...*, cit., p. 192.

³⁴³ BENTHAM, J. *Securities against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*. ed. P. Schofield. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 266.

³⁴⁴ Véase la introducción a este capítulo, en que tomamos la licencia de incorporar la reseña de los principales pensadores del utilitarismo.

³⁴⁵ Hoy, con una perspectiva ampliada, ya se observa cuánto valoraba Bentham la ley penal, colocándola como elemento nuclear de su pensamiento político. En palabras de O'Malley: "Put simply, the delivery of pain could be rationally calculated and universally applied to prevent wrong. Penal law was thus to be the central tool of government. Applied with certainty, punishment would guide subjects away from harmful activities". O'MALLEY, P. Jeremy Bentham. In: MARUNA, S.; et. al. *Fifty Key Thinkers in Criminology*. NY: Routledge, 2010, p. 11.

transcribir la afirmación del autor, imponiendo como dogma que no debe haber castigo para el autor de un delito cuando sea 'inútil'³⁴⁶ o costoso'³⁴⁷, y en el momento en que la aplicación de la pena acabe por disminuir la capacidad de contribución del condenado a la sociedad³⁴⁸.

El núcleo del utilitarismo contemporáneo está en Jeremy Bentham, en la forma en que él se traslada al tema de esta monografía: un cálculo de ganancias para la sociedad, en pro de una felicidad general, o al menos una felicidad colectiva.

Como se ve, ella no significa exactamente que *los fines justifican los medios*, una vez que existe un principio moral, pero sí es verdad que, al contrario del idealismo, relativiza obligaciones éticas a partir de un principio de felicidad. En ese sentido, si se compara con otras concepciones éticas, como la moral kantiana, sí que se puede, *cum grano salis*, recuperar algo del *tanto monta*. No en el sentido de que los fines justifiquen los medios, sino en interpretar diferentemente la noción de los fines virtuosos: al mover los fines de la moral y de la ley a una felicidad *colectiva*, el filósofo obligadamente transforma la moral en *medio* para su principio de utilidad general. En ese sentido, como conclusión, es evidente que el pensamiento de Bentham es esencial para la delación premiada.

Como conclusión, es evidente que Bentham sigue siendo, para el Derecho penal, la composición más directa de la fundamentación de la delación premiada.

En los filósofos posteriores, sin embargo, el utilitarismo encuentra más detallamiento, aunque se sacrifique algo de su primera composición más coherente.

³⁴⁶ La idea de utilidad de la pena, aunque con un concepto distinto de utilidad, se puede fácilmente encontrar en el pensamiento funcionalista.

³⁴⁷ 3. Where it is *unprofitable*, or too *expensive*: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented. BENTHAM, J. *An introduction to the principles of moral and legislation*. New York: Burns and Hart-Oxford, 2005, p. 161.

³⁴⁸ 2. The extraordinary value of the services of some one delinquent; in the case where the effect of the punishment would be to deprive the community of the benefit of those services. (XIII, XVI.2) BENTHAM, J. *An introduction to the ...*, *cit.*, p. 164.

2.5 La aceptación del utilitarismo en el mundo anglosajón: la obra de Max Weber

Como es de esperar en asuntos filosóficos, desde los dos principales filósofos del utilitarismo ha habido muchas ramificaciones, actualizaciones y críticas que de alguna manera se han incorporado al utilitarismo contemporáneo.

Sin embargo, para que no se desvíe de una secuencia cronológica, es importante abordar una pregunta crucial para el presente tema, tal vez más relevante que la revisión del utilitarismo en sí: ¿por qué el pensamiento utilitarista se ha arraigado de manera tan profunda en los países anglosajones, especialmente en Inglaterra y Estados Unidos? Hasta el punto, podríamos decir, de que, desde una perspectiva interna, apenas se percibe que el enfoque del derecho penal y la criminología se base en el pensamiento o la tradición utilitarista.

Entre los numerosos enfoques sociológicos que podrían explicar la aceptación del utilitarismo entre los anglosajones, la explicación de Max Weber es la más conocida. En su obra clásica *"Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo"*, el autor explica los motivos por los cuales el sistema de lucro se incorporó especialmente en el mundo norteamericano. Las transformaciones de la religión protestante tienen que ver con este tema.

Básicamente, la obra se propone explicar la aparición de la racionalidad instrumental que hoy es hegemónica en Occidente capitalista. Postula, sin embargo, la incapacidad del utilitarismo para explicar el capitalismo en sus orígenes, ya que los primeros capitalistas no mostraban ningún impulso por maximizar su felicidad³⁴⁹. Pero ese primer capitalismo pasa por transformaciones, porque la acumulación de bienes tendrá "afinidades electivas" con la ética protestante, y puede remontarse a ella, en

³⁴⁹ “La alegría y el orgullo de ‘haber dado trabajo’ a muchos hombres, de haber cooperado al ‘florecimiento’ económico de su ciudad en el sentido que el capitalismo asocia a esta palabra – florecimiento de la población y florecimiento comercial –, todo esto pertenece, evidentemente, a la alegría de vivir específica del empresariado moderno, entendida, sin duda, desde un punto de vista ‘idealista’. Y es, naturalmente, una de las características fundamentales de la economía capitalista racionalizada sobre la base de un estricto cálculo *contable* – organización ‘calculable’ [...], orientada de manera planificada y austera al ansiado éxito económico, a diferencia del vivir al día del campesino y de la rutina privilegiada del artesano gremial y el ‘capitalismo aventurero’, que se guiaba por el oportunismo político y la especulación irracional”. WEBER, M. *La ética protestante y el “espíritu” del capitalismo*. Traducción, nota preliminar y glosario: Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 111.

particular a la noción calvinista de predestinación (que la salvación de uno ha sido determinada, o que uno ha sido elegido, desde la eternidad)³⁵⁰. Si los individuos empiezan a buscar señales de su elección por Dios, fatalmente llegarán al concepto de que esas señales están en el éxito en el mundo terrenal. Luego, la consecuencia de que el trabajo es una forma de hacerse rico sustituye la noción católica de ser la expiación y la mortificación, como consecuencia del degredo de los antepasados del paraíso. Esto, combinado con la sencillez y frugalidad de la vida puritana, generó una propensión a la acumulación masiva de capital en muchas comunidades del norte de Europa y Estados Unidos³⁵¹.

La investigación realizada por Weber en tal obra se basa en un hecho comprobado, mencionado en la obra de uno de sus discípulos: en un país con población protestante y católica, los protestantes ocupan un nivel superior en la dirección de empresas, la industria y la administración de la riqueza en general. Sin embargo, a Weber no le impresionan simplemente las diferencias de riqueza entre católicos y protestantes, que podrían explicarse por diferencias en la riqueza heredada, sino también otros fenómenos directamente relacionados con una actitud diferente ante la tecnología, las profesiones industriales y, en definitiva, la vida burguesa. Un ejemplo de esta actitud entre católicos y protestantes es el tipo de educación que ambos eligen para sus hijos: más humanista entre los católicos y más técnica entre los protestantes³⁵².

³⁵⁰ “La fe en torno a la que se dieron las grandes luchas políticas y culturales en los siglos XVI y XVII, en los países cultos más desarrollados desde el punto de vista capitalista – los Países Bajos, Inglaterra, Francia –, fue el calvinismo. Como su dogma característico figuró casi siempre entonces y figura también hoy, por lo general, la doctrina de la predestinación. Es cierto que se ha discutido si esta doctrina es el dogma <<más esencial>> de la Iglesia reformada o sólo un <<corolario>>. Pero los juicios de valor y juicios de fecundo con ese carácter esencial se está haciendo referencia a lo <<interesante>> o a lo siempre <<valioso>> –, o juicios de imputación histórica – cuando se está haciendo referencia a lo relevante desde un punto de vista causal por la influencia de ese fenómeno sobre otros acontecimientos históricos”. *Idem*, p. 144-145.

³⁵¹ Lo que Dios exige no es trabajo en sí mismo, sino el trabajo racional. Es en ese carácter metódico del ascetismo en el trabajo donde pone el énfasis la idea puritana de la profesión. [...] La utilidad de un trabajo y su carácter grato a Dios se determinan, en primer lugar, por criterios Morales y luego por la importancia que tengan los bienes que con ella han de producirse para la <<colectividad>>, pero, como tercer criterio y más importante desde el punto de vista práctico, el <<beneficio>> económico. Pues cuando ese Dios, al que el puritano ve operante en todos los acontecimientos de la vida, le muestra uno de los suyos una oportunidad de lucro, lo hace intencionadamente. Y por ello el cristiano creyente tiene que seguir esta llamada, aprovechándose de esa oportunidad”. WEBER, M. *La ética protestante...*, cit., p. 244-245.

³⁵² “The Catholic is quieter, having less of the acquisitive impulse; he prefers a life as secure as possible, even with a smaller income, to a life of risk and excitement, even though it might bring the chance of gaining honor and riches. The proverb says jokingly: 'Either eat well or sleep well.' In the present case, the Protestant prefers to eat well, the Catholic to sleep undisturbed” WEBER, M., *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*, London: Routledge, 1992., p. 48.

Dentro de este ámbito de la relación entre protestantismo y economía capitalista, sobre el que ya existían algunos estudios, Weber especifica claramente el objetivo de su investigación, que ya sitúa la relación entre protestantismo y capitalismo fuera de los planteamientos habituales³⁵³. Ellos se basaban en la afirmación de que los católicos se dedican menos que los protestantes a las actividades más características del mundo moderno porque están imbuidos de un espíritu de alienación o desapego del mundo, mientras que los protestantes, con mentalidad más práctica, se preparan para las actividades económicas del mundo moderno³⁵⁴. Weber no considera del todo correcta esta comparación y sostiene que la afinidad interna entre protestantismo y capitalismo no debe buscarse en ese supuesto espíritu materialista o anti ascético del protestantismo, sino en las características de la propia religiosidad protestante. Resulta que la mayor implicación de los protestantes en la actividad económica moderna no es solo el resultado de una postura anti ascética o hedonista, sino, en realidad, la consecuencia de una religiosidad más intensa que presupone un mayor control religioso de la propia vida del hombre.

Sin embargo, antes de profundizar en el análisis entre la vida económica capitalista y este tipo de religiosidad ascética³⁵⁵ y racional, Weber explica lo que entiende por "espíritu" del capitalismo, cuyo origen histórico trata de explicar. Para definir ese "espíritu" del capitalismo, aunque sea provisionalmente, ya que su concepto definitivo sólo podría formularse, según él, al final de la investigación, Weber recurre a dos textos de Benjamin Franklin³⁵⁶, escritos en la primera mitad del siglo XVIII, en los que encuentra de forma condensada lo que él entiende por el "espíritu" del capitalismo, es decir, por esa nueva mentalidad económica que se forma en la era moderna. Weber encuentra en los escritos de Franklin la formulación de una ética que considera **acumular bienes como un deber moral**, prescindiendo de toda consideración eudemonista, es

³⁵³ *Idem*, p. 67-80.

³⁵⁴ ABRAHAM, G. The protestant ethic and the spirit of utilitarianism. *Theory and Society*, v. 12, n. 6, p. 739-773, 1983.

³⁵⁵ La idea de ascetismo intramundano (innerworldly asceticism) es clave en la obra para comprender la tesis de Weber. La mentalidad de disciplina, ahorro y racionalización del trabajo estarían en los protestantes, que entienden la riqueza como el 'calling', el cumplimiento de la vocación: "The Puritan wanted to work in a calling; we are forced to do so. For when asceticism was carried out of monastic cells into everyday life, and began to dominate worldly morality, it did its part in building the tremendous cosmos of the modern economic order". " WEBER. M., *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*, London: Routledge, 1992, p. 163

³⁵⁶ FRANKLIN, B. *Advice to a young tradesman, George Fisher: The American Instructor: or Young Man's Best Companion....* The Ninth Edition Revised and Corrected. Philadelphia: Printed by B. Franklin and D. Hall, at the New-Printing-Office, in Market-Street, 1748, p. 375-377; e FRANKLIN, B. *Necessary Hints to those that Would be Rich*. [s/l]: Printed at the private Press of Joseph Y. Jeanes jr. at the Two lions, 1919.

decir, sin tener en cuenta ningún interés individual como la felicidad o el placer del individuo. Enrichirse se convierte en un fin en sí mismo, al que se subordinan todos los demás fines, y se ancla en lo más profundo de la personalidad³⁵⁷.

Lo primero que Weber destaca de esta nueva mentalidad económica es que no fue generada por el propio modo de producción capitalista, porque se dio en territorios sin un sistema capitalista desarrollado y estuvo ausente en épocas y regiones con un sistema capitalista avanzado³⁵⁸. Por lo tanto, la cuestión de su origen resulta decisiva. Pero lo que llama la atención de la mentalidad capitalista es el elemento de irracionalidad desde el punto de vista de la felicidad individual que contiene: la dedicación absoluta al trabajo. Y es precisamente el origen de este elemento irracional lo que interesa a Weber³⁵⁹.

En busca de su origen, Weber acude al estudio de las confesiones religiosas, ya que en los siglos XVII y XVIII solo una fe religiosa podía tener la fuerza para desarrollar e imponer una mentalidad nueva, diferente y opuesta al tradicionalismo dominante. Tras explicar que ni el luteranismo ni el catolicismo desarrollaron, por sus características doctrinales y prácticas, una concepción del trabajo como "profesión" similar a la implícita en el "espíritu" capitalista, pasa al estudio del protestantismo ascético. Dentro del protestantismo ascético, Weber estudia el calvinismo, el pietismo, el metodismo y las sectas surgidas del movimiento bautista, y concretamente su posición sobre la doctrina de la predestinación y la cuestión de la "certeza de la salvación", con sus implicaciones prácticas para la organización racional y metódica de la vida del creyente³⁶⁰. Es aquí, en el protestantismo ascético de raíz calvinista, donde Weber encuentra finalmente el fundamento religioso de esta idea del trabajo como "profesión" que va más allá de la mentalidad económica tradicional³⁶¹.

Weber sostiene que las recompensas específicas para la vida religiosa recomendadas en la práctica pastoral puritana se generalizaron y, de este modo, motivaron al asceta protestante a dirigir sus energías hacia el exterior, al campo de la actividad objetiva (impersonal). Las energías personales del asceta pronto se vieron liberadas de las antiguas limitaciones éticas para su ordenación sistemática por las doctrinas de la

³⁵⁷ WEBER, M. *La ética protestante...*, cit., p. 24-26

³⁵⁸ *Idem*, p. 81-ss

³⁵⁹ *Idem*, p. 111-113.

³⁶⁰ *Idem.*, p. 139-ss.

³⁶¹ *Idem*, p. 242-245.

predestinación y la probación³⁶². Posteriormente, la imagen tradicional de los fenómenos 'mundanos' pasó a estar dominada por las exigencias 'naturales' de la personalidad, interpretadas a la luz de la prohibición de la idolatría de la carne. Esta interpretación proporcionó un estímulo positivo para evaluar la totalidad de la acción personal: la acción motivada por el sentimiento social o personal se asociaba con la carne o el engrandecimiento propio, mientras que la actividad impersonal se ajustaba necesariamente a la voluntad de Dios. Las instituciones sociales y económicas de la sociedad fueron proporcionadas por Dios y no fueron necesariamente el resultado de los deseos humanos³⁶³. La voluntad de Dios también ordenaba a cada uno trabajar en su vocación individual. Por lo tanto, mientras se buscara la salvación, los resultados externos y objetivos de la acción vocacional en este sentido seguían siendo la medida de la utilidad de la acción³⁶⁴.

El utilitarismo, en el ámbito económico, debe servir al mantenimiento de la vida en común (bien de muchos, bien común, etc.), ya que cualquier otra interpretación conduce a una jerarquización aristocrática de los individuos. Weber considera que esta sería la voluntad de Dios en el mundo económico, si se observa el concepto de "bien" en su totalidad, con la "utilidad" impersonal. El utilitarismo implica tomar conciencia de la configuración impersonal del "amor al prójimo" y la negociación de la glorificación del mundo frente a la exclusividad del principio puritano *in majorem Dei gloriam*³⁶⁵..

Existen otras explicaciones bastante fructíferas sobre la influencia del calvinismo y la predestinación en el espíritu práctico del utilitarismo. Es posible que la obra de Weber no sea suficiente para explicar completamente el éxito económico de los países anglosajones, pero nos ofrece una percepción aguda de que la transición del calvinismo y, posteriormente, sus corrientes más puritanas, condujo a la idea de maximización de

³⁶² “The Puritan, like every rational type of asceticism, tried to enable a man to maintain and act upon his constant motives, especially those which it taught him itself, against the emotions. In this formal psychological sense of the term, it tried to make him into a personality. But, quite apart from the fact that the power to do so is limited, it is also certain that the intensity of the religious influence was not the only factor in the development of the capitalist spirit. The content of the religious maxims was decisive, especially the idea of proof in a calling. The rationalization of conduct within the world, but for the sake of the world beyond, was the characteristic achievement of ascetic Protestantism” WEBER. M., *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*, London: Routledge, 1992, p. 157

³⁶³ *Idem*, p. 240-243.

³⁶⁴ *Idem*, p. 244-245.

³⁶⁵ *Idem*, p. 249.

resultados colectivos³⁶⁶. Incluso se podría argumentar que el espectro calvinista representa una recuperación de un espíritu de prosperidad en grupo que ya se encontraba en el judaísmo, lo que podría explicar aún más la rápida aceptación del utilitarismo en Estados Unidos.

El contraste entre esta posición y la posición católica, de los latinos, o incluso la cultura protestante no calvinista, como la alemana, aclara mucho del contraste cultural que la justicia negociada y, especialmente, la delación premiada provocan en América Latina y gran parte de Europa Continental. Sin embargo, profundizaremos más en este tema en la conclusión³⁶⁷.

2.6 El utilitarismo en Derecho penal

En el siguiente capítulo, se presentan más contribuciones a la teoría de la pena, dentro del estado actual de la doctrina. Allí, la finalidad de la pena y, esencialmente, sus límites, recibirán mayor atención epistemológica. Por ahora, sin embargo, podemos esbozar de manera general cuál es la función de la pena según el utilitarismo y, a partir de ello, aunque no sea el momento adecuado para plantear críticas, al menos podemos insinuar los contrastes que existen con la visión no utilitarista de la pena.

Al menos en Bentham, de manera más funcional, la función de la pena estaría en aumentar el bienestar con el menor costo posible, lo que significaría aumentar los niveles de castigo. En términos no utilitaristas, esto implicaría aumentar la prevención general negativa con castigos más severos, lo que a su vez implicaría un nivel más intenso de instrumentalización del condenado. Esto se debe a que, considerando una pena clásica de prisión, es probable que el costo de capturar y condenar a más delincuentes sea mayor que el costo de aumentar el castigo para aquellos que son capturados. Si consideramos

³⁶⁶ “Sin pretender establecer leyes ni generalidades, Weber se da a la tarea de buscar una relación de causalidad de un sistema económico, único en la historia, caracterizado por la valoración del trabajo humano como mercancía que se transalibremente, sujeta a las leyes de mercado. En otras palabras, detectar la significación cultural del capitalismo y su relación de causalidad. ¿La causa? El la encuentra en el sisma de la Iglesia Católica, por la reforma protestante, iniciadas por Lutero y luego por Calvino” DAHM, O. S. Análisis de la obra: La ética protestante y el espíritu del capitalismo de Max Weber. *Revista de Sociología*, v. 1, p. 84, 1986.

³⁶⁷ POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. The optimal tradeoff between the probability and magnitude of fines, *The American Economic Review*, v. 69, n. 5, p. 880-891, 1979. Para una colección representativa de lecturas, ANDREANO, R. L.; SIEGFRIED, J. J. *The economics of crime*. [s/l]: Schenkman, 1980.

que la pena sería una multa, el razonamiento sigue siendo válido, en la medida en que se puede aumentar el valor de la sanción pecuniaria³⁶⁸.

Esto sugiere que, si consideramos la cuestión de la pena como un equilibrio entre los niveles de castigo y la eficacia de la ley (es decir, el índice de delincuentes atrapados por el *enforcement*), el resultado debería estar muy sesgado hacia el castigo. Además, dados ciertos supuestos empíricos, el modelo también implica la necesidad de amenazar con castigos extremadamente severos para reducir el nivel de delincuencia. Ciertamente, una actividad no debería considerarse delictiva en primer lugar si el coste total de la prevención supera el coste impuesto por la actividad. Pero si suponemos que no disminuye la eficacia marginal del castigo ni aumenta su coste marginal, el modelo también justifica las amenazas extremadamente duras. Este resultado se desprende de la hipótesis de que cada aumento del castigo hará que se aplique a menos personas. En algún momento, la disminución del número de personas a las que se inflige el castigo compensará el aumento del sufrimiento que deben soportar. El resultado es que el sufrimiento se concentra en unos pocos individuos, sin que aumenten los costes agregados³⁶⁹.

Aunque el actual modelo de derecho penal tiende hacia la normativización y se piensa siempre en términos de prevención, el balance utilitario está lejos del sistema vigente. Dado que el anclaje del reproche está en la culpabilidad, aquellos que creen que el common law naturalmente se inclina hacia soluciones eficientes deben explicar la tendencia hacia la ultra-condena de quienes cometen delitos que generan más repulsa e ira. Este sería el caso de aquellos que ya están al borde de servir de ejemplo a la sociedad, como los delitos que han alcanzado diseminación mediática o tienen el poder de hacerlo.

³⁶⁸ Si los infractores potenciales son indiferentes ante el riesgo, entonces la probabilidad óptima de detención debe ser la más baja posible y la multa óptima debe ser la más alta posible. En este caso, suponemos que la actitud de los delincuentes potenciales ante el riesgo es neutral. Si los infractores potenciales tienen aversión al riesgo, aumentar la probabilidad de detención hace que la actividad sea menos atractiva. POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. *cit.*, p. 881-883.

³⁶⁹ “As moral theoreticians, utilitarians fully discharge their responsibility by telling us what we ought to do about crime. But the rest of us, who are interested in empirical outcomes as well as in normative theory, are entitled to wonder why, as a positive matter, society has not adopted the utilitarian theory of crime control. Perhaps, given enough time and enough effort, people will come around”.. SEIDMAN, L. M. Soldiers, martyrs, and criminals: Utilitarian theory and the problem of crime control. *The Yale Law Journal*, v. 94, n. 2, p. 317, 1984, p. 329-334. Mientras esto sea cierto, es posible amenazar con un castigo mayor sin tener que incurrir realmente en los mayores costes del castigo, ya que la amenaza reducirá la actividad indeseable que debe castigarse. *Idem*, p. 323-324.

La estrategia más rotunda que utilizaron los utilitaristas para domesticar su modelo fue atacar el supuesto empírico de que la eficacia disuasoria del castigo permanece constante a medida que aumentan los niveles de castigo³⁷⁰. Si, a niveles altos, un aumento marginal del coste del castigo resulta en una reducción insignificante del coste del delito, entonces un baremo máximo para el castigo es eficiente. Es el propio empeño en lograr resultados eficientes lo que garantiza la ineficacia³⁷¹. Según este punto de vista, lo que consideramos distinciones entre acusados basadas en la responsabilidad moral no son más que esfuerzos para evitar malgastar los costes del castigo en la clase menos susceptible de disuasión de acusados.

Este argumento conduce directamente a una **paradoja central** para los utilitaristas: por un lado, el castigo es necesario para justificar las reglas de propiedad y reducir el coste total del delito; por otro lado, el castigo en sí mismo impone costes, tanto materiales como morales, que pueden socavar sus propios objetivos³⁷². Esta tensión entre

³⁷⁰ Contemporaneamente, Posner: "The optimal level of punishment is that which minimizes the sum of the costs of crime and the costs of preventing crime. If increasing the severity of punishment beyond a certain point yields only trivial reductions in crime, then the additional punishment is inefficient. The utilitarian approach to punishment thus implies that there is a ceiling on the severity of punishment, beyond which further increases are not justified by their deterrent effect" POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, 9th Edition, 2014, p. 211

³⁷¹ El papel del intuicionismo en la evaluación de la teoría utilitarista - o, para el caso, en la evaluación de cualquier visión ética - es controvertido. Algunos utilitaristas han insistido en que el papel de su teoría es proporcionar un control racional de las intuiciones que pueden resultar de la superstición o de un énfasis excesivo en el bienestar de las generaciones actuales o de grupos específicos. Sin embargo, algunos de este bando han reconocido que, en última instancia, deben apelar a la intuición para apoyar el principio subyacente de la maximización del bienestar. SMART, J.J.C. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B. *Utilitarianism: For and against*. [New York]: Cambridge University Press, 1973, p. 9-12. Otros han realizado un esfuerzo considerable para ajustar las implicaciones de su teoría a los sentimientos morales comunes. Posner, por ejemplo, afirma específicamente que una teoría moral debe rechazarse si produce preceptos que son claramente contrarios a intuiciones éticas ampliamente compartidas, y reconoce que su enfoque de la maximización de la riqueza está motivado en gran medida por el deseo de domar la "monstruosidad moral" del utilitarismo. Notablemente, Posner defiende su teoría sobre estas bases intuicionistas, al tiempo que reconoce que puede apoyar las siguientes conclusiones: (a) Un buen hombre elegiría matar a un niño antes que a 100.000 ovejas si valieran más que cualquier valor monetario que pudiera atribuirse razonablemente al niño; (b) algunas formas de segregación racial y étnica forzosa están moralmente justificadas, al menos si el grupo desfavorecido no es "productivo"; (c) es moralmente deseable que el Estado prohíba a los padres tener hijos cuando "el coste social previsto de la población adicional supere el producto esperado"; (d) un contrato que estipule que las rodillas del prestatario deben romperse si no paga al prestamista debe ser ejecutado por el Estado. Por el contrario, cita las inclinaciones "intervencionistas" de los utilitaristas y su tendencia a favorecer la "igualación de la renta" para demostrar las consecuencias "monstruosas" del utilitarismo. POSNER, R. A. *Utilitarianism, economics, and legal theory*. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 1, p. 103-140, 1979, p. 110-134.

³⁷² Enunciamos a partir de las palabras de Hart: "The utilitarian justification of punishment faces a central paradox: on the one hand, punishment is necessary to uphold the rules of property and reduce the overall cost of crime; on the other hand, punishment itself imposes costs, both in terms of resources and in terms of the suffering it inflicts. The challenge for utilitarianism is to balance these competing considerations in a way that minimizes the total cost of crime and its prevention" HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968, p. 28. Pero aparecerá también en el primer capítulo del conocido *Cultura de Controle*, de Garland, "The utilitarian approach to

las **funciones instrumentales del castigo y sus costes intrínsecos** genera un conflicto que, en muchos casos, produce resultados que no logran minimizar eficientemente el coste total de la delincuencia y su prevención. En otras palabras, el castigo, aunque indispensable para mantener el orden social, puede convertirse en una fuente de ineficacia cuando sus costes superan sus beneficios en términos de reducción del delito.

Evidentemente, como se examinará en otro momento, el colapso de un sistema utilitarista ocurre cuando ya no puede recurrir a un sistema de incriminación dirigido específicamente a la imputación, porque los condenados se dan cuenta de que existe en su contra un estigma no totalmente derivado de su propia responsabilidad. En términos criminológicos, *el sistema empieza a quebrarse si los subgrupos desviados se percatan de que el discurso criminal es un discurso de distribución de costos*³⁷³.

Si esta creencia se extiende, se cae en un ciclo de aumento de delincuencia. Dado que los delincuentes rechazarían la legitimidad moral de la sanción penal, se verían a sí mismos como soldados que corren el riesgo de ser castigados como gajes del oficio. Peor aún, cuando el riesgo se hiciera realidad, ellos y sus colegas se percibirían a sí mismos como mártires que luchan contra un orden social injusto³⁷⁴. Eso no es infrecuente desde un punto de vista criminológico³⁷⁵.

De todos modos, solo la idea utilitarista permite este tipo de discusiones sobre cálculos de ganancias, como si se tratara de una política criminal orientada específicamente hacia los números, aunque con algunos matices morales. En este sentido,

punishment is caught in a fundamental paradox: it seeks to justify punishment as a means to reduce crime and uphold social order, yet it must also confront the fact that punishment itself imposes costs—both material and moral—that can undermine its own goals. This creates a tension between the instrumental use of punishment and its intrinsic costs, often leading to outcomes that fail to minimize the total social costs of crime and its control” GARLAND, D.. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001, p. 41

³⁷³ Erving Goffman entiende que: “It seems possible for an individual to fail to live up to what we effectively demand of him, and yet be relatively untouched by this failure; insulated by his alienation, protected by identity beliefs of his own, he feels that he is a full-fledged normal human being, and that we are the ones who are not quite human. He bears a stigma but does not seem to be impressed or repentant about doing so”. GOFFMAN, E. *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. [s/l]: Simon and Schuster, 2009, p. 6.

³⁷⁴ Otra vez, Garland: “When offenders perceive that the criminal justice system is not a neutral arbiter of justice but rather a mechanism for distributing social costs, they are likely to reject its moral legitimacy. This perception can lead to a cycle of increased offending, as offenders see themselves not as wrongdoers but as victims of an unjust social order. In such cases, punishment is no longer seen as a moral response to crime but as a risk inherent in their 'occupation,' and those who are punished may be viewed as martyrs by their peers”. GARLAND, D.. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001, p. 264.

³⁷⁵ Véase, adelante, Capítulo 05, sobre criminalidad organizada.

es evidente que el pensamiento utilitarista arraigado en los países anglosajones ha facilitado que dichos países eleven la criminología a niveles mucho más avanzados que otras naciones. Los estudios basados en evidencia (evidence-based studies) están anclados en la posibilidad de cálculo y beneficios.

El utilitarismo clásico fijó bases claras, aunque su desarrollo a lo largo de las décadas haya introducido discursos que, por más complejos que sean, ya no adoptan tan directamente la idea de una compensación de costos. Los utilitaristas contemporáneos son más sutiles en sus afirmaciones, al estilo de los economistas, pero sus conclusiones tienden a ser esencialmente las mismas.

2.7 Críticas preliminares

En lo que aquí se sostiene, es evidente que el utilitarismo no puede reducirse a unos pocos autores o considerarse una filosofía de poca importancia. Su influencia es significativa y ha impulsado muchas políticas públicas. Además, como mencionamos anteriormente, es la base del análisis criminológico en la actualidad.

Sin embargo, situar el utilitarismo en el derecho penal contemporáneo es una tarea delicada, ya que esta corriente filosófica ha alcanzado niveles de complejidad y variación que hacen imposible definir un único utilitarismo penal. No obstante, se pueden identificar algunos elementos clave de esta rama filosófica.

En primer lugar, desde Bentham, el utilitarismo en materia penal se basa en la optimización de resultados. Hay al menos dos posiciones fundamentales que resumen esta forma de pensar. En primer lugar, el consecuencialismo del utilitarismo y su teoría del valor maximizador del bienestar llevan al siguiente principio moral básico: una acción es correcta si y solo si produce al menos tanta felicidad neta como cualquier otra acción que el agente podría haber tomado. Este es el principio moral fundamental del utilitarismo.

La segunda, desde los orígenes del utilitarismo, implica dos elementos que, como se dirá más adelante, son la base de la delación premiada: en primer lugar, la cancelación de la pena cuando esta pierde su finalidad. En el ejemplo de Bentham, sería la hipótesis en la que el cumplimiento de la pena resulte más costoso para la sociedad que su perdón, ya sea por el costo mismo de aplicar la sanción o porque la aplicación de la pena impide

que el condenado siga prestando importantes servicios a la sociedad³⁷⁶. En el ejemplo de Stuart Mill, el utilitarismo abre la puerta a la delación premiada a través de otra característica esencial de esta, que ya se ha discutido: la transferencia de castigo, o en otras palabras, lo que aquí se ha denominado *interpersonalidad*. Esto significa que la función ejemplarizante de la pena puede utilizar (o instrumentalizar) a un individuo para servir como disuasión para otros³⁷⁷, pero hay también una función de incremento de riesgo de pena en la delación misma, independientemente de ser un simple facilitador. En ese sentido, ella dejará, como vamos a decir, de ser un instrumento para ser **parte** de la cadena de construcción de la pena, al darle eficacia productiva. Parece axiomático, pero se notará que no lo es.

Como segundo punto, debemos analizar el *discurso* del utilitarismo, que ha alcanzado distintos niveles de complejidad, pero que puede resumirse esencialmente. Se trata de un cálculo de maximización de resultados en términos socioeconómicos. En términos morales, para asignar responsabilidad, se puede resumir de la siguiente manera: una acción es correcta si, y solo si, proporciona al menos tanta felicidad neta como cualquier otra acción que el agente podría haber tomado; de lo contrario, es incorrecta. Así, existe un principio moral básico en esta corriente filosófica.

El utilitarismo, incluso con ese principio moral, sienta la base para discursos de justificación de la corrupción como principio de ganancia general³⁷⁸. También se ha utilizado para la economía de la guerra, para mitigar los derechos de defensa, para

³⁷⁶ Véase especialmente Capítulo XIV de *An introduction to the principles of moral and legislation*, básicamente, si interpretada a día de hoy, una recomendación a la delación premiada: "The punishment ought not to be inflicted where it is groundless: where, though it were beneficial in some respects, it would be prejudicial in others, and that in a greater degree. It ought not to be inflicted where it would be inefficacious: where it would be incapable of preventing the mischief. It ought not to be inflicted where it would be unprofitable: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented. It ought not to be inflicted where it would be needless: where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it: that is, at a cheaper rate. [...] In particular, it ought not to be inflicted where the expense of the punishment would be greater than the profit to be derived from it: as where the offender is able to make compensation for the mischief he has done, **or where he is able to render services to the public, by giving information against other offenders, or otherwise.**" BENTHAM, J. *An introduction to the ...*, cit., p. 134

³⁷⁷ Al final del capítulo sobre la pena, nos embarcamos en el mismo análisis, preguntándonos: ¿cuál es la diferencia entre el perdón de la pena desde la perspectiva utilitarista y el perdón de la pena basado en la *Verantwortlichkeit*, es decir, simplemente porque se cree que la pena no cumple su función? Y luego, ¿cuál es la diferencia entre una pena orientada hacia el futuro y una pena utilitarista? Bajo la interpretación aquí presentada, el marco de diferencia radica en la pena que tiene como límite la culpabilidad (si se cree en ese límite) o la justa retribución. Sin embargo, se debe reconocer que existe una preocupación utilitarista que se centra en la utilidad de la pena.

³⁷⁸ Se trata de '*The efficient grease hypothesis*', que será abordada, adelante, en el subtítulo de cleptocracia Cap. 5.9.3.

instrumentalizar al condenado, para perdonar una pena que pueda costar más caro al Estado e incluso para justificar la guerra³⁷⁹.

Sin embargo, estas razones raramente se imponen de modo explícito en términos filosóficos, aunque puedan estar presentes en discursos políticos. Desde esta posición, es posible trazar una línea de complejidad en el discurso utilitario, que no obstante no transforma su esencia. Desde la primera concepción de maximización de la felicidad en los epicúreos, su idea principal es aumentar el bienestar de un conjunto social específico. Bentham fue quien trasladó este discurso a la modernidad del Estado, relacionándolo con la economía y la productividad. Es natural en su tiempo de ascensión de la revolución industrial que la felicidad general, aunque preservando sus rasgos hedonistas, se asocie con la prosperidad económica.

Esto también explica por qué la cultura de matriz protestante-calvinista ha aceptado su adopción, dado que el éxito económico se interpreta como una bendición divina, el cumplimiento de la vocación³⁸⁰.

Después de Bentham, el discurso utilitarista se volvió más complejo para incorporar elementos de conducta moral que no mantienen un cuerpo coherente cuando se desvían de la regla general del aumento de la felicidad neta. En palabras un poco más atrevidas, la complejización de la filosofía utilitarista hasta el día de hoy cumple con otro proceso utilitarista: buscar que se acepte el utilitarismo que ya se encuentra en el proceso de producción y en la cultura anglosajona, para que compita con las estructuras ético-

³⁷⁹ Bentham lo enuncia indirectamente "The only mischief, of any considerable account, which can be made to impend indiscriminately over the whole number of members in the community, is that complex kind of mischief which results from a state of war, and is produced by the instrumentality of external adversaries; by their being provoked, for instance, or invited, or encouraged to invasion. In this way may a man very well bring down a mischief, and that a very heavy one, upon the whole community in general, and that without taking a part in any of the injuries which came in consequence to be offered to particular individuals." BENTHAM, J. *Principles Morals...*, 1789., p. 164 También Michael Walzer, en su obra *Just and Unjust Wars*, analiza cómo el utilitarismo ha sido utilizado para justificar la guerra, especialmente en contextos donde se argumenta que los beneficios superan los costos. Walzer critica este enfoque, pero reconoce su influencia en el pensamiento político y militar. "*Utilitarianism provides a dangerous but seductive framework for justifying war, as it allows leaders to weigh human lives against abstract calculations of greater good. This logic has been used to defend everything from preemptive strikes to total war.*" WALZER, M.. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. Nova York: Basic Books, 1977, p. 125. También Saad Malook "I argue that utilitarianism is an inadequate moral theory because it fails to eliminate the unjust inequalities in society. Utilitarianism does not do justice to egalitarian social justice because it justifies harming a minority when that harm is necessary for the good of the majority. For instance, utilitarianism could justify acts commonly thought to be immoral, such as waging unjust wars, killing innocent people, breaking promises, telling lies, and violating human rights in certain circumstances." MAALOK, S., Utilitarianism, Social Justice, and the Trolley Problem: An Ethical Theory without Egalitarian Morality, In: *Journal of Social & Organizational Matters*, vol 3, n 02, 2024, p. 126

³⁸⁰ Véase, atrás, 2.6

morales presentes en el discurso del idealismo en la filosofía, o del ascetismo en la religión.

La justificación de la acción imperialista de Inglaterra y, posteriormente, de Estados Unidos, así como del estado de *welfare state* y, más específicamente, la introducción de medidas para debilitar las figuras dogmáticas y la obligatoriedad de la pena para combatir la criminalidad transnacional — en la que se incluye la delación —, son todos frutos, en cierta medida, de la expansión del pensamiento utilitarista. También el sistema de penas de la *common law* se explica en gran medida por una búsqueda de máxima eficacia, algo que aquí no es necesario profundizar.

En ese sentido, la alegoría del nudo gordiano cortado con una espada, recuperada en la frase del escudo de armas que inició este capítulo, no deja de ser un principio utilitarista, aunque, como se ha dicho, deba ser bastante razonado.

En segundo lugar, los utilitaristas pueden señalar que los seres humanos ya conocen bien la naturaleza y las causas típicas de la felicidad y la infelicidad. Basándonos en miles de años de experiencia colectiva, el individuo comprende muchas de las fuentes de sufrimiento y satisfacción³⁸¹.

El punto de Mill también responde a la queja de que "no hay tiempo, antes de actuar, para calcular y sopesar los efectos de cualquier línea de conducta sobre la felicidad general"³⁸². En circunstancias normales, podemos y debemos seguir ciertas reglas o directrices bien establecidas que, por lo general, pueden utilizarse para obtener los mejores resultados. Por ejemplo, uno se puede acostumbrar a decir la verdad y cumplir sus promesas, en lugar de intentar calcular los posibles placeres y dolores en cada caso rutinario, porque sabe que, en general, decir la verdad y cumplir las promesas produce más felicidad que mentir y romper las promesas³⁸³.

³⁸¹ En línea con este punto, el utilitarismo de Mill ridiculiza a las personas que "talk . . . as if, at the moment when some man feels tempted to meddle with the property or life of another, he had to begin considering for the first time whether murder and theft are injurious to human happiness ... It is truly a whimsical supposition that, if mankind were agreed in considering utility to be the test of morality, they would remain without any agreement as to what is useful ... There is no difficulty in proving any ethical standard whatever to work ill if we suppose universal idiocy to be conjoined with it". MILL, J. S. *Utilitarianism*..., *cit.*, Ch. II, para. 24

³⁸² MILL, J. S. *Utilitarianism*..., *cit.*

³⁸³ En este sentido, Mill subrayó la necesidad de "generalizaciones intermedias" o "corolarios del principio de utilidad": "To inform a traveler respecting the place of his ultimate destination is not to forbid the use of landmarks and direction-posts on the way. The proposition that happiness is the end and aim of morality

Además de responder a la crítica de no tener tiempo para calcular, basarse en "principios subordinados" supera otro problema. Los agentes conscientes (imputables) pueden cometer errores en sus cálculos y los prejuicios pueden infectar el razonamiento incluso de un utilitarista sincero, sobre todo cuando están en juego sus propios intereses. En circunstancias normales, sin embargo, es menos probable que cometamos errores y más probable que promovamos la felicidad al ceñirnos a ciertas pautas establecidas que intentar calcular desde cero las consecuencias de diversos cursos de acción.

Incluso si el utilitarismo supera estas objeciones prácticas, sus críticos identifican una razón más profunda para rechazar la teoría: a saber, que a veces nos obliga a realizar actos inmorales³⁸⁴. Según el principio utilitarista, lo correcto y lo incorrecto dependen de las consecuencias específicas y comparativas de los distintos cursos de acción disponibles para el agente. Sin saber algo sobre la situación particular en la que el agente debe actuar, no podemos juzgar de antemano si actuar de una determinada manera será correcto o incorrecto. No podemos afirmar de forma absoluta o basándonos en algún tipo de razonamiento a priori que las acciones de un determinado tipo sean siempre correctas o incorrectas. Los utilitaristas consideran que esta flexibilidad es un punto fuerte de su criterio normativo, pero sus críticos lo ven como un defecto fatal: el objetivo utilitarista de maximizar el bienestar, argumentan, puede exigir a veces que el agente actúe de forma inmoral. Los críticos admiten que, por lo general, las personas dicen la verdad, cumplen sus promesas y se abstienen de matar o herir a otras personas, dañar su propiedad o violar sus derechos. Pero puede haber excepciones y, en circunstancias poco habituales, promover el bienestar general puede exigir que el agente haga algo que normalmente consideraríamos muy malo.

does not mean that no road ought to be laid down to that goal ... Whatever we adopt as the fundamental principle of morality, we require subordinate principles to apply it by". *Idem*.

³⁸⁴ Esa es la gran crítica que hace Rawls al utilitarismo. No hay como profundizarse en toda la teoría de Rawls y su oposición a las ideas, el principio de igualdad y diferencia que defiende. Sin embargo, solo para documentar, se recorta su más contundente oposición: "Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons. It justifies imposing sacrifices on some individuals for the sake of a greater aggregate happiness, even if those sacrifices involve profound injustices or violations of individual rights. This is a fundamental flaw in the theory, as it fails to respect the inviolability of each person". RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 27. Para comprender las ideas de Rawls directamente em lo que toca al utilitarismo, véase Goldman, para quien su "extended argument against utilitarianism has raised important new issues and forced us to examine the old ones from a new perspective". GOLDMAN, H.S. Rawls and Utilitarianism, Blocker & Smith, John Rawls' Theory of Social Justice. Ohio University Press, 1980, p. 391.

Por esta razón, los críticos consideran que el utilitarismo debe ser rechazado. Para defender sus argumentos, suelen plantear diversos escenarios imaginarios o "contraejemplos" en los que las circunstancias obligan a un agente que busca maximizar el bienestar a actuar de manera moralmente reproachable. Por ejemplo, se imagina que el utilitarismo podría justificar matar a un inocente, torturar a un niño, inculpar a un sospechoso de un delito que no ha cometido o incluso apoyar sistemas de esclavitud u otras formas de desigualdad social y económica extrema. Como se verá en el capítulo siguiente, dedicado a las funciones de la pena, el utilitarismo tiene el inconveniente de no establecer límites claros cuando se trata de proteger los derechos individuales. Ese es el problema de reducir, para utilizar la expresión de Williams, todas las consideraciones morales a una sola escala de valores³⁸⁵.

2.8 Preservar la moralidad y preservar la justicia

En los últimos 15 a 20 años, el interés por la ética profesional ha crecido constantemente. La ética empresarial, la ética médica y la ética medioambiental están siendo cada vez más integradas como componentes en la mayoría de los planes de estudios universitarios. A pesar de ello, hasta hace poco, los programas de enseñanza superior en criminología y justicia penal han descuidado en gran medida el estudio sistemático de la ética³⁸⁶. Es una lástima, porque las cuestiones éticas que se plantean en el ámbito de la justicia penal son importantes y complejas. Aunque muchas de las cuestiones éticas que se plantean en la justicia penal son comunes a otras profesiones, hay otras cuestiones que son específicas de la criminología y la justicia penal. El ejemplo más significativo es el uso de la fuerza y la coacción física. Sherman subraya que la fuerza es la esencia de la justicia penal. Los policías, los jurados, los jueces, los funcionarios de prisiones, los agentes de libertad condicional y otros se enfrentan a la decisión de utilizar o no la fuerza, cuánta utilizar y en qué condiciones. Todos ellos se enfrentan a la paradoja

³⁸⁵ "Utilitarianism, by its very nature, reduces all moral considerations to a single scale of value: the maximization of happiness. This means that it can justify almost any action, no matter how horrific, if it leads to a greater overall good. The problem is not just that utilitarianism allows for such actions, but that it requires them whenever they are the most efficient means to the end." WILLIAMS, Bernard. *A Critique of Utilitarianism*. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973, p. 119.

³⁸⁶ Véase: SHERMAN, L.W. *The Study of Ethics in Criminology and Criminal Justice*. Chicago: Joint Commission on Criminology and Criminal Justice Education and Standards, 1981, p. 17.

de "usar el daño para prevenir el daño"³⁸⁷. El uso de la fuerza es fundamental para la justicia penal, lo que la distingue de otras profesiones.

Adicionalmente, hay otros factores que parecen distinguir las decisiones morales de los agentes de justicia penal de las de otros profesionales. Sherman³⁸⁸ analiza dos de ellos. En primer lugar, dice el autor, las decisiones de justicia penal se toman en nombre de toda la sociedad, un juicio moral colectivo realizado en confianza por una sola persona. Esto implica una responsabilidad mucho mayor que la que se otorga a otras profesiones. En segundo lugar, las decisiones que toman los agentes de justicia penal no son solo incidentalmente, sino principalmente, **decisiones morales**. Un ingeniero diseña un edificio que puede o no matar gente, pero la decisión es principalmente física y solo incidentalmente moral. Cuando un policía decide detener a alguien, cuando un juez decide poner en libertad a esa persona con una sentencia suspendida, las decisiones son principalmente morales³⁸⁹.

Las cuestiones morales que se plantean en el ámbito de la justicia penal son distintas y significativas. A veces resulta útil, a la hora de intentar resolver determinadas cuestiones éticas concretas, partir de cuestiones teóricas más generales. Cuando nos encontramos con la cuestión más teórica, podemos aplicarla a un problema moral concreto. Así, en lo que respecta a la justicia penal, podemos empezar planteando cuestiones más generales sobre la naturaleza de la justicia. Las teorías de la justicia abordan cuestiones sociales amplias, como los derechos humanos, la igualdad y la distribución de la riqueza. Incluso podemos subir un nivel más de generalidad: la propia justicia es una rama de un ámbito aún más amplio, el de la ética. Parece importante que consideremos las cuestiones de justicia penal desde un marco más amplio de ética y moralidad. Sería un error suponer que las cuestiones de justicia penal pueden surgir fuera del contexto social y ético más amplio de nuestra cultura. Por lo tanto, este aquí se explora rápidamente el campo de la ética para arrojar algo de luz sobre cuestiones morales

³⁸⁷ "First, criminal justice decisions are made on behalf of society as a whole, a collective moral judgment made in trust by a single person. That would entail a far greater responsibility than what other vocations are assigned. Second, the decisions criminal justice agents make are not just incidentally, but are primarily, moral decisions. An engineer designs a building that may or may not kill people, but the decision is primarily a physical one and only incidentally a moral one. When a police officer decides to arrest someone ... when a judge decides to let that person out on a suspended sentence, the decisions are primarily moral ones". SHERMAN, L.W. *The Study of Ethics...*, cit., p. 14.

³⁸⁸ *Idem*, p. 14-19.

³⁸⁹ SHERMAN, L.W. *The Study of Ethics...*, cit., p. 14.

específicas en el ámbito de la justicia penal. Para ello se presentará un estudio de dos de las principales teorías filosóficas en el ámbito de la ética normativa.

La ética normativa es el estudio del bien y del mal. Un teórico de la ética normativa intenta descubrir si existen principios básicos y fundamentales del bien y del mal. Si se descubren tales principios, se considerarán la base o el fundamento de todos los juicios éticos. Por ejemplo, normalmente decimos que mentir, engañar, robar, violar y matar están mal. El teórico de la ética se pregunta: ¿Tienen estas actividades tan diferentes de mentir, robar y matar algo en común que hace que todas sean malas? Si es así, ¿cuál es esa característica común?

Una de las figuras más importantes de la historia de la filosofía occidental, Sócrates, era conocida por buscar lo universal en las cuestiones éticas³⁹⁰. En otras palabras, cuando Sócrates preguntaba "¿Qué es la justicia?" o "¿Qué es la virtud?", no pedía una lista de acciones que son justas o una lista de ejemplos de virtud, sino que buscaba la característica universal que tienen en común todas las acciones justas o virtuosas. Del mismo modo que todos los cuadrados, por grandes que sean o del color que sean, tienen algo en común (cuatro lados iguales y cuatro ángulos rectos), el teórico de la ética quiere saber si todas las acciones moralmente correctas (ya sean casos de honradez, caridad o benevolencia) también tienen algo en común. Si se encuentra esa característica común, se considerará el fundamento o principio fundamental de la ética. Ahora debemos volver al estudio de dos teorías éticas estándar en un esfuerzo por localizar tal fundamento para la ética: la teoría consecuencialista y la teoría deontológica.

Como se ha visto, la versión más paradigmática del utilitarismo fue desarrollada en Gran Bretaña en los siglos XVIII y XIX por Jeremy Bentham³⁹¹ y John Stuart Mill³⁹². El utilitarismo se clasifica como una teoría ética consecuencialista. En otras palabras, el utilitarista sostiene que juzgamos la moralidad de una acción en función de las consecuencias o resultados de dicha acción. Mill afirma que toda acción está dirigida a algún fin, y las reglas de acción, parece natural suponer, deben tomar todo su carácter y color del fin al que están supeditadas. El insight que motiva el consecuencialismo es el

³⁹⁰ En *Metafísica*, Aristoteles postula que: "Agora, Sócrates estava empenhado no estudo de questões éticas, mas não no estudo da natureza como um todo, embora em questões éticas ele buscasse o universal e foi o primeiro a fixar seu pensamento nas definições". ARISTÓTELES. *Metafísica*. Traducción: Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 57.

³⁹¹ BENTHAM, J. *An Introduction to the..., cit.*

³⁹² MILL, J. S. *Utilitarianism..., cit.*

siguiente: una acción moral produce algo bueno; una acción inmoral produce un resultado malo o perjudicial³⁹³. Dicho de la forma más sencilla posible, el engaño, el robo y el asesinato son malos porque producen consecuencias malas o perjudiciales, y la caridad y la benevolencia son buenas porque producen algo beneficioso. En resumen, el consecuencialista sostiene que la moralidad de una acción viene determinada por las consecuencias de la misma: las acciones que son morales producen buenas consecuencias, mientras que las acciones que son inmorales producen malas consecuencias.

Llegados a este punto, surgen dos preguntas: (1) ¿Qué entendemos por buenas consecuencias (y malas consecuencias)? (2) ¿Consecuencias para quién? Las acciones tienen consecuencias para muchas personas diferentes. ¿Qué personas debemos tener en cuenta al contemplar las consecuencias de nuestros actos? Al dar respuestas concretas a estas dos preguntas, el utilitarista crea una versión o tipo único y específico de teoría moral consecuencialista.

Para explicar el utilitarismo, empezaremos por la primera pregunta. ¿Cómo define o caracteriza el utilitarista las consecuencias buenas y malas? La versión más famosa del utilitarismo (la defendida por Bentham y Mill) se denomina **utilitarismo hedonista**. Para Mill, el bien fundamental que buscan todos los seres humanos es la felicidad. Aristóteles estaría de acuerdo con este punto, aunque no es un utilitarista. En su discusión sobre el bien supremo, Aristóteles³⁹⁴ afirmaría que, en cuanto a su denominación, la mayoría de la gente estaría de acuerdo: tanto la gente corriente como los hombres cultos lo llaman felicidad. Mill afirma que en realidad no hay nada que se desee excepto la felicidad³⁹⁵. La opinión de Mill es que todas las personas desean la felicidad y todo lo demás que desean es una parte de la felicidad o un medio para alcanzarla. Así, el bien básico y fundamental, según el utilitarismo hedonista (en adelante, utilitarismo), es la felicidad.

Según Bentham y Mill, la felicidad se identifica con el placer. Mill afirma que felicidad significa placer y ausencia de dolor; infelicidad significa dolor y privación de placer³⁹⁶. En su discusión sobre el placer, Mill incluye no sólo los placeres de la comida, la bebida y el sexo, sino también los placeres intelectuales y estéticos. De hecho, Mill considera que los placeres de "orden superior", es decir, los placeres intelectuales,

³⁹³ *Idem.*

³⁹⁴ ARISTÓTELES. *cit.*, p. 61.

³⁹⁵ MILL, J. S. *Utilitarianism...*, *cit.*, p. 240.

³⁹⁶ Véase 2.2 a 2.4..

emocionales y estéticos que los animales no humanos no son capaces de experimentar, son de mayor calidad que los placeres de "orden inferior" que muchas especies de animales experimentan. Los placeres de la poesía y la ópera son, en opinión de Mill, cualitativamente superiores a los placeres de beber y jugar a las máquinas recreativas.

El consecuencialismo sostiene que la moralidad de una acción viene determinada por las consecuencias que ésta produce. Para el utilitarista, una acción moralmente correcta produce felicidad (placer y ausencia de dolor), mientras que una acción moralmente incorrecta produce infelicidad (dolor y sufrimiento). Mill afirma que el credo que acepta la utilidad o el principio de mayor felicidad como fundamento de la moralidad sostiene que las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, e incorrectas en la medida en que tienden a producir lo contrario de la felicidad³⁹⁷. Bentham dice que el principio de utilidad significa aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que parece tener a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en cuestión, o, en otras palabras, a promover u oponerse a la felicidad³⁹⁸. Entonces, ¿por qué pensamos que el asesinato, la violación, la traición y la mentira son inmorales? Porque estas acciones causan dolor a las víctimas y a sus familias. ¿Por qué pensamos que la caridad y la benevolencia son acciones justas? Porque producen placer o felicidad.

Por ejemplo, el ladrón quiere dinero para llevar un determinado estilo de vida.

El robo le proporcionará joyas u otros objetos de valor que podrá cambiar por dinero y que le harán sentirse bien. Sin embargo, estas acciones también tendrían otra consecuencia: las víctimas se convertirían en personas afectadas por sentimientos de tristeza, rabia o quizá incluso miedo. Como resultado, su dolor supera a su placer. "El mayor bien para el mayor número" crea el contexto para la comunidad. La proporcionalidad del dolor y el placer debe juzgarse en este ámbito.

A la hora de calcular la cantidad de placer y dolor que produce cualquier acción, hay muchos factores relevantes. Bentham³⁹⁹ realiza un cálculo hedonista en el que relaciona estos factores. En primer lugar, hay que tomar en cuenta la intensidad o fuerza del placer o el dolor. Una pequeña molestia es mucho menos importante que un gran

³⁹⁷ MILL, J. S. *Utilitarianism...*, cit., p. 210-211.

³⁹⁸ BENTHAM, J. *An Introduction to the...*, cit., p. 2

³⁹⁹ Véase lo expuesto en 2.3

traumatismo. El teórico de la ética está interesado en descubrir el principio básico y esencial de la moralidad, un fundamento sobre el que descansen todos los juicios morales. El utilitarista afirma haber encontrado tal principio y lo identifica como el principio de la mayor felicidad. Según el utilitarismo, una acción debe llevarse a cabo si y solo si dicha acción maximiza la cantidad total de placer (o minimiza la cantidad total de dolor) para todas las partes afectadas por la acción.

Todo el sistema de justicia penal puede justificarse por motivos utilitaristas. ¿Por qué necesitamos un cuerpo de policía⁴⁰⁰? Para servir y proteger⁴⁰¹. En otras palabras, a una sociedad le interesa a largo plazo (produce la mayor cantidad de felicidad para el mayor número de personas) pagar a agentes de policía para que protejan a la comunidad de ladrones, asesinos, violadores y conductores ebrios. Los utilitaristas argumentarían que lo que llamamos actividades delictivas tienden a producir mucho más dolor que placer. Por lo tanto, se instituye un sistema de justicia penal con el fin de disminuir la cantidad de delitos, disminuyendo así la cantidad de dolor producido por la delincuencia.

A pesar de que el utilitarismo puede utilizarse para justificar el sistema de justicia penal, hay ciertas ocasiones en las que decimos que está justificado que un agente de policía detenga (o multe) a un ciudadano, aunque esta detención no conduzca al mayor bien para el mayor número. Por ejemplo, supongamos que un hombre tiene prisa por recoger a su hija del colegio. Está conduciendo por la autopista en un día claro y soleado y prácticamente no hay tráfico. Supongamos que supera el límite de velocidad en 20 km/h (el límite es de 90 km/h y él circula a 110 km/h). El policía le para y le pone una multa. Se podría argumentar que, en este caso, las dolorosas consecuencias de poner una multa

⁴⁰⁰ La pregunta es inspirada en DeValve y Gold: "The entire criminal justice system can be justified on utilitarian grounds. Why do we need the police force? To serve and protect. That is to say, it is in the longterm interests of a society (it produces the greatest amount of happiness for the greatest number of people) to pay police officers to protect the community from burglars, murderers, rapists, and drunk drivers. The utilitarian would argue that what we call criminal activities tend to produce much more pain than pleasure. Therefore, a criminal justice system is instituted to lower the amount of crime, thereby lowering the amount of pain produced by crime. Similarly, so the utilitarian would argue that crime often gives a certain amount of pleasure to one who commits it" DeVALVE, M. GOLD, M., *Utilitarian, Deontological na Virtue Ethics*, in BRASWELL, M. et alii, *Justice, Crime and Ethics*, London: Routledge, 2023, p. 13

⁴⁰¹ Un recorrido por los sitios oficiales de las policías presentan esa visión. Como afirma la Policía de Nueva York (NYPD), su misión es "enhance the quality of life in our City by working in partnership with the community [...] to enforce the laws, preserve the peace, reduce fear, and provide for a safe environment". De manera similar, el Cuerpo Nacional de Policía de España declara que su objetivo es "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". En Brasil, la Policía Federal tiene como misión "a defesa da ordem pública, dos direitos e garantias fundamentais", mientras que la Policía Metropolitana de Londres busca "keep London safe for everyone [...] by upholding the law and preventing crime".

superan a las placenteras. En primer lugar, el conductor sufre por tener que pagar la multa. En segundo lugar, al recibir la multa, el conductor se retrasa en recoger a su hija, lo que provoca ansiedad en esta. El retraso también causa molestias al director del colegio. ¿Cuáles son las consecuencias agradables de poner la multa? ¿Quién está más contento? Si el policía se hubiera limitado a advertir al conductor, tanto éste como el director del colegio y la niña serían más felices. Nadie sería menos feliz. Por lo tanto, por razones utilitarias, el agente no debe multar en las circunstancias que acabamos de describir.

El ejemplo anterior lleva a algunas personas a decir que el funcionario tiene el deber de imponer la multa independientemente de las consecuencias. Esto nos lleva a la siguiente teoría moral, la ética deontológica.

La palabra deontología procede de dos raíces griegas: "deon", que significa deber, y "logos", que significa estudio. La deontología es, por tanto, el estudio del deber. Los deontólogos sostienen que, en ocasiones, los seres humanos tienen el deber de llevar a cabo determinadas acciones, independientemente de las consecuencias. Los agentes de policía tienen el deber de multar, aunque ello no produzca el mayor bien para el mayor número. Los profesores tienen la obligación o el deber de suspender a los alumnos que hacen un trabajo deficiente, aunque suspender a ese alumno produzca más sufrimiento que felicidad. El deontólogo más famoso es Immanuel Kant. Kant creía que todas las teorías consecuencialistas pasaban por alto algo crucial para la ética al descuidar el concepto de deber. Pero eso no es todo. Kant también creía que, al centrarse solo en las consecuencias, las teorías utilitaristas pasaban por alto algo aún más básico para la moralidad, a saber, la buena voluntad o la intención de hacer lo correcto. Comienza su tratado de ética aclarando que es imposible concebir nada en el mundo, o incluso fuera de él, que pueda considerarse bueno sin reservas, salvo una buena voluntad⁴⁰². En otras palabras, la clave de la moralidad es la voluntad o intención humana, no las consecuencias.

Aunque se aborde el trabajo del filósofo específicamente cuando se aborde las funciones de la pena, aquí cabe la conocida crítica de Kant y su imperativo categórico, para aproximar el actuar y sus razones. Si una persona hace lo correcto por razones egoístas deja de actuar conforme a deber. **Kant⁴⁰³ distingue entre las acciones que solo**

⁴⁰² KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics of Moral*, Trad. M. Gregor,. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 61.

⁴⁰³ *Idem*, p. 65-67.

se ajustan al deber y las que se realizan por el deber. Y afirma que solo las acciones realizadas por deber tienen valor moral⁴⁰⁴.

Una vez establecida la importancia de la buena voluntad (realizar un acto por la razón correcta), Kant pasa a la pregunta: ¿Cuál es el deber? En otras palabras, así como los utilitaristas tienen un principio fundamental de moralidad (actuar de modo que se produzca el mayor bien para el mayor número), Kant defiende otro principio fundamental de moralidad.

Kant denomina imperativo categórico al principio fundamental de la moral⁴⁰⁵. Un imperativo es una orden. Nos dice lo que debemos hacer o lo que deberíamos hacer. El imperativo categórico contrasta con lo que Kant denomina imperativos hipotéticos. Un imperativo hipotético es una orden que comienza con "si", por ejemplo, si quieres sacar una buena nota, debes estudiar, o si quieres ganar mucho dinero, debes trabajar duro, o si quieres mantenerte fuera de la cárcel, no debes infringir la ley. El imperativo categórico no es hipotético, no es condicional. Simplemente hay que cumplirlo, por sus razones: el imperativo categórico ordena absoluta e incondicionalmente⁴⁰⁶.

Kant considera cuatro casos para ilustrar su principio de la humanidad como fin en sí mismo⁴⁰⁷. En primer lugar, aborda el deber necesario hacia uno mismo mediante el ejemplo del suicidio. Kant argumenta que alguien que contempla quitarse la vida debe preguntarse si su acción es compatible con la idea de la humanidad como un fin en sí mismo. Si decide destruirse para escapar de una situación difícil, estaría utilizando a una persona (en este caso, a sí mismo) simplemente como un medio para alcanzar un estado

⁴⁰⁴En otra obra del autor de esta monografía, se averigua como Kant rechaza la instrumentalización del individuo a partir del ilustrativo caso del paciente condenado a muerte. Ese ejemplo será retomado adelante, en 3.2.1.

⁴⁰⁵ "Since the universality of law in accordance with which effects take place constitutes what is properly called nature in the most general sense (as regards its form) - that is, the existence of things insofar as it is determined in accordance with universal laws - the universal imperative of duty can also go as follows: act as if the maxim of your action were to become by your will a universal law of nature". KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics...*, cit., p. 31

⁴⁰⁶ "Thus the principle of every human will as a will giving universal law through all its maxims provided it is otherwise correct, would be very well suited to be the categorical imperative by this: that just because of the idea of giving universal law it is based on no interest and therefore, among all possible imperatives, can alone be unconditional; or still better, by converting the proposition, if there is a categorical imperative (i.e., a law for every will of a rational being) it can only command that everything be done from the maxim of one's will as a will that could at the same time have as its object itself as giving universal law; for only then is the practical principle, and the imperative that the will obeys, unconditional, since it can have no interest as its basis" KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics...*, cit., p. 40.

⁴⁰⁷ Son los cuatro ejemplos que están en el párrafo 430 del *Groundwork (Groundwork of the Metaphysics of Morals)* (Ak 4:430). En la presente versión consultada, página 28 y siguientes).

más tolerable hasta el final de la vida. Sin embargo, Kant enfatiza que un ser humano no es una cosa y, por lo tanto, no puede ser tratado únicamente como un medio⁴⁰⁸; debe ser considerado siempre como un fin en sí mismo en todas sus acciones. Por ello, no es lícito disponer de un ser humano (incluso de uno mismo) dañándolo, mutilándolo o quitándole la vida. (Kant aclara que este principio requiere una determinación más precisa para evitar malentendidos, como en casos de amputación de miembros para preservar la vida o de poner en riesgo la propia vida para salvarla, pero esto corresponde a una discusión más detallada dentro de la moral propiamente dicha).

En segundo lugar, Kant analiza el deber necesario hacia los demás a través del ejemplo de una promesa falsa. Quien planea hacer una promesa falsa se da cuenta de que pretende utilizar a otro ser humano simplemente como un medio (*“use of another human being merely as a means, without the other at the same time containing in himself the end”*⁴⁰⁹), sin considerar que ese otro también es un fin en sí mismo. La persona a la que se le hace la promesa no puede estar de acuerdo con ser utilizada de esta manera, y por lo tanto no puede compartir el fin de la acción. Kant señala que este conflicto con el principio de tratar a los demás como fines en sí mismos se hace aún más evidente cuando se consideran ejemplos de violaciones a la libertad y la propiedad de otros. En estos casos, es claro que quien transgrede los derechos de los demás pretende utilizarlos meramente como medios, sin tener en cuenta que, como seres racionales, deben ser valorados siempre como fines en sí mismos, es decir, como seres que también deben poder compartir el fin de la misma acción.

En tercer lugar, Kant aborda el deber contingente (meritorio) hacia uno mismo. Aquí argumenta que no basta con que una acción no entre en conflicto con la humanidad en la persona como un fin en sí mismo; también debe armonizar con ella. En la humanidad existen predisposiciones hacia una mayor perfección, que forman parte del fin natural de la humanidad en nosotros (*“there are in humanity predispositions J to greater perfection, which belong to the end of nature with respect to humanity in our subject”*)⁴¹⁰. Kant

⁴⁰⁸ ‘Now I say that the human being and in general every rational being exists as an end in itself, not merely as a means to be used by this or that will at its discretion; instead he must in all his actions, whether directed to himself or also to other rational beings, always be regarded at the same time as an end’ cit. p. 37.

⁴⁰⁹ KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics...*, cit., p. 38

⁴¹⁰ Idem, p. 39

sostiene que descuidar estas predisposiciones podría ser compatible con la preservación de la humanidad como fin en sí mismo, pero no con su promoción.

En cuarto lugar, Kant examina el deber meritorio hacia los demás, señalando que el fin natural de todos los seres humanos es su propia felicidad. La humanidad podría subsistir incluso si nadie contribuyera a la felicidad de los demás, siempre y cuando no se les privara intencionalmente de ella. Sin embargo, Kant afirma que esto solo representaría un acuerdo negativo, no positivo, con la humanidad como fin en sí mismo. Para que la representación de la humanidad como fin en sí mismo tenga su pleno efecto, cada uno debe esforzarse, en la medida de lo posible, por promover los fines de los demás. Los fines de un sujeto que es un fin en sí mismo deben ser, en la mayor medida posible, también los fines de los demás.

Kant concluye que este principio de la humanidad, y en general de toda naturaleza racional, como fin en sí mismo (que es la condición suprema que limita la libertad de acción de todo ser humano), no se deriva de la experiencia. En primer lugar, debido a su universalidad, ya que se aplica a todos los seres racionales como tales, y ninguna experiencia es suficiente para determinar algo sobre ellos. En segundo lugar, porque en este principio la humanidad no se representa como un fin subjetivo (es decir, como un objeto que de hecho nos proponemos como fin), sino como un fin objetivo que, independientemente de los fines que cada uno tenga, debe constituir la condición suprema que limite todos los fines subjetivos. Por lo tanto, este principio debe surgir de la razón pura. En otras palabras, el fundamento de toda legislación práctica reside, objetivamente, en la regla y la forma de universalidad que la hace apta para ser una ley (posiblemente una ley de la naturaleza); y, subjetivamente, en el fin. Pero el sujeto de todos los fines es todo ser racional como fin en sí mismo. De esto se sigue el tercer principio práctico de la voluntad, como condición suprema de su armonía con la razón práctica universal: la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad que legisla universalmente.

¿Qué es el imperativo categórico.? Kant da varias formulaciones del mismo. Centrémonos en dos de ellas. La primera hace hincapié en un concepto básico de la ética llamado "universalizabilidad". La idea básica de la universalización es que, para que mi acción sea moralmente justificable, debo poder desear que cualquier persona en circunstancias similares actúe de la misma manera. Por ejemplo, me gustaría hacer trampas en el impuesto sobre la renta, pero ¿puedo permitir que todo el mundo haga

trampas en el impuesto sobre la renta, dejando así al Gobierno sin fondos suficientes para llevar a cabo los programas que apoyo? Me gustaría decir una mentira para salir de una situación desagradable, pero ¿puedo permitir que otra persona me mienta para salir de una situación difícil? La formulación de Kant del imperativo categórico es la siguiente: actúa solo según aquella máxima [una máxima es un principio de acción] mediante la cual puedas, al mismo tiempo, desear que se convierta en una ley universal.

El *insight* de Kant es que la moralidad implica justicia o igualdad, es decir, una disposición a tratar a todos de la misma manera. Es así patente la similitud con la Regla de Oro, que afirma: "Haz a los demás solo lo que te gustaría que te hicieran a ti"⁴¹¹. La idea de Kant es que solo debes hacer lo que estás dispuesto a permitir que otra persona haga. La idea es que hay algo incoherente o irracional en decir que está bien mentirte, engañarte, robarte, pero no es justificable que tú me hagas esas cosas a mí.

Kant habla del ser humano como "algo cuya existencia tiene un valor absoluto en sí misma" Continúa diciendo que el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no solo como un medio para ser utilizado arbitrariamente por tal o cual voluntad. Sobre esta base, ofrece la siguiente formulación del imperativo categórico: "Actúa de tal modo que trates siempre a la humanidad, ya sea en tu persona o en la de cualquier otro, nunca simplemente como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin"⁴¹². Kant creía que estas dos formulaciones aparentemente diferentes del imperativo categórico dan lugar en realidad a lo mismo. Quizá el razonamiento sea el siguiente: ¿Qué máximas o principios de acción estaría dispuesto a universalizar? Sólo aquellas que traten a los demás como fines en sí mismos y no como cosas. ¿Por qué? Porque quiero ser tratado con reverencia, respeto y dignidad. Porque quiero ser tratado como un ser con valor intrínseco, sólo puedo universalizar las máximas que tratan a otras personas como si tuvieran valor intrínseco.

Dicho esto, tenemos que contrastar la ética deontológica con el utilitarismo en una cuestión específica relacionada con la justicia penal. La pregunta es: ¿cuáles son las restricciones legítimas que una sociedad debe imponer a los agentes de policía cuando detienen a sospechosos de delitos? Para acotar un poco este tema tan amplio, centrémonos

⁴¹¹ En el este sentido, Mateus 7:12 e Lucas 6:31. Así está el gran triunfo de Kant, que es transformar e valor moral en algo absoluto, sin depender de vínculos religiosos y manteniendo la laicidad de su filosofía, que no supone necesariamente el naturalismo.

⁴¹² *Idem*, p. 96.

en el uso de técnicas de engaño, incluidas las trampas, las escuchas telefónicas y las operaciones encubiertas. En este ejemplo, no intentaré predecir la respuesta que dará un utilitarista o un deontólogo. En su lugar, me limitaré a contrastar el enfoque o la estrategia que utilizarán al reflexionar sobre la cuestión. Empecemos por el utilitarismo. El utilitarismo es una teoría moral consecuencialista. Decidimos la legitimidad de las tácticas engañosas basándonos en las consecuencias de su uso. En concreto, debemos sopesar los resultados positivos frente a los negativos a la hora de decidir qué hacer. En el lado positivo están las trampas, las escuchas y las operaciones encubiertas. Como resultado del uso de estas tácticas, podemos detener a algunos delincuentes que de otro modo quedarían libres. Y como resultado de la detención de estos delincuentes, podemos prevenir futuros delitos de dos maneras: (1) mantenemos a los delincuentes conocidos entre rejas, donde no pueden cometer más delitos; y (2) mostramos, por ejemplo, lo que ocurre cuando alguien infringe la ley y así disuadimos a otro ciudadano de arriesgarse a ser encarcelado⁴¹³.

En el lado negativo, tenemos la violación del derecho a la intimidad de ciertos individuos mediante el uso de tácticas engañosas. El utilitarista sopesaría ahora los beneficios positivos de detener a delincuentes y proteger así a la sociedad, frente a la consecuencia negativa de violar el derecho a la intimidad de ciertos ciudadanos.

Kant enfocaría la cuestión desde un punto de referencia muy diferente. Como deontólogo, no enfocaría la cuestión desde la perspectiva de "¿Qué consecuencias es probable que se produzcan?". En lugar de centrarse en los resultados o fines del comportamiento, examinaría el comportamiento en sí para ver si cumple el imperativo categórico. Centrándonos en la formulación de universalizabilidad del imperativo

⁴¹³ Solo para ilustrar, esos dilemas son los mismos que se mantienen hasta hoy con las políticas de combate al delito. Braithwaite, en el campo criminológico, distinguía la aproximación *utilitarista*, neoclásica y liberal-permisiva de aborrecer el delito. La decisión utilitaria es la que cree que todos los profesionales involucrados en trabajar la persecución y la pena pueden traer una *disminución* del delito. En sus palabras: "The utilitarian tradition is underpinned by criminological scholarship concerned with the design of deterrent, rehabilitative and incapacitative strategies to reduce crime. Criminologists following this tradition of policy advice tell the community that scientific control of crime is possible if criminal justice professionals impose the right penalties on the right people for the right crimes, or if therapeutic professionals apply appropriate rehabilitative techniques, or if criminal justice professionals select the right people to be incapacitated by other criminal justice professionals. Under all utilitarian variants, the thrust of criminological advice is toward professionals taking over in different ways to make judgments for the community, informed by science, to prevent crime." BRAITHWAITE, J.. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989 p. 06. Por su parte, la prevención neoclásica se centra en la moral, mientras que el enfoque liberal-permisivo está asociado a la teoría del *labelling approach*.

categorico, un kantiano podría preguntarse: "¿Consentiría que me pincharan el teléfono si hubiera motivos para sospechar que soy culpable de un delito?".

O, si atendiéramos a la segunda formulación del imperativo categorico, un kantiano podría preguntarse: "¿El uso de técnicas de manipulación en la aplicación de la ley constituye tratar a los sospechosos de delitos como meros medios para los fines (al manipularlos, los estamos utilizando), o constituye tratarlos como fines en sí mismos (ciudadanos maduros y responsables que deben responder de su conducta)?".

Son preguntas difíciles de responder. Pero el objetivo del ejemplo no es mostrar cómo resolvería una cuestión ética en la justicia penal un utilitarista o un deontólogo, sino ilustrar cómo enfocarían o pensarían sobre esa cuestión.

Tanto el imperativo categorico de Kant como el principio de la mayor felicidad de Mill recogen algunas de las intuiciones morales de todo individuo. Tratar a las personas como fines y producir la mayor cantidad de felicidad parecen ser guías fiables de la vida moral. Sin embargo, ambas teorías parecen tener problemas con cierta variedad de casos. El utilitarismo parece tener dificultades con ciertos casos de injusticia, y la deontología de Kant parece no tener forma de tratar los casos de deberes contradictorios. En esta sección final, examinaré las debilidades de ambas teorías y propondré una ética utilitarista-kantiana integrada para tratar las supuestas debilidades de ambas teorías⁴¹⁴.

Según el utilitarismo, una acción es moral cuando produce la mayor felicidad para el mayor número de personas. Sin embargo, surge un problema cuando la mayor felicidad se consigue a expensas de unos pocos. Por ejemplo, si un grupo grande esclavizara a un grupo muy pequeño, el grupo grande ganaría ciertas comodidades y lujos (y el placer que acompaña a estas comodidades) como resultado de la servidumbre de unos pocos. Si nos atenemos estrictamente al cálculo utilitarista, el sufrimiento de unos pocos (incluso un sufrimiento intenso) se vería superado por el placer de una gran mayoría. El modesto placer de mil personas compensaría el sufrimiento de otras diez. En consecuencia, el utilitarismo parece avalar la esclavitud cuando produce la mayor cantidad total de felicidad para el mayor número de personas. Esto es obviamente un problema para el utilitarismo. La esclavitud y la opresión son malas, independientemente de la cantidad de

⁴¹⁴ CORNMAN, J.; LEHRER, K. *Philosophical Problems and Arguments: An Introduction*. 2. ed. New York: Macmillan, 1974, p. 504-508.

placer acumulado por la clase opresora. De hecho, cuando el placer de una persona resulta del sufrimiento de otra, el placer parece aún más abominable.

El caso anterior señala una flaqueza del utilitarismo, a saber, su limitación para abordar ciertos casos de injusticia. A veces es simplemente injusto proceder con las personas de una determinada manera, independientemente de las consecuencias placenteras para los demás. Una violación en grupo está mal, aunque la disfruten 50 personas y sólo sufra una. Está mal porque es injusta. Siguiendo la formulación de Kant, siempre está mal utilizar a alguien como un mero medio para tus propios fines. La esclavización, la violación y la opresión implican, en todos los casos, considerar a la víctima como un medio para fines ajenos.

Hay múltiples situaciones en justicia penal en las que se plantea esta cuestión. Sin embargo, cuando se abordan estos escenarios, la respuesta no es tan sencilla como en situaciones de esclavitud y violación en grupo. Es un tema complejo, sutil y controvertido. El problema que estoy considerando implica el uso excesivo de la fuerza. Supóngase, por ejemplo, que buscamos mantener el orden en las comunidades o en las prisiones. ¿Estaría justificado recurrir a la violencia desproporcionada contra un delincuente para dar un ejemplo? Si ciertos ciudadanos o presos fueran golpeados con severidad por determinados delitos, estas palizas públicas podrían disuadir futuras infracciones, aumentando así la felicidad general. Pero, ¿es legítimo emplear la violencia excesiva contra un delincuente para enviar un mensaje?

Un dilema como este podría dar lugar a un animado debate en el que convergen posturas utilitaristas y kantianas. El utilitarista podría argumentar que, aunque estas agresiones son brutales, Singapur, donde se aplican castigos de este tipo, prácticamente carece de delincuencia. El kantiano, en cambio, afirmaría que golpear a ciertos ciudadanos para proteger a otros supone un precio inaceptable. Es injusto maltratar a una persona para beneficiar a terceros. La ambivalencia que surge ante este dilema revela hasta qué punto resuenan en pensamiento filosófico general las ideas de Kant y Mill.

Quizá podamos combinar las ideas del utilitarismo y la deontología y formular un "principio utilitarista kantiano". Cornman y Lehrer⁴¹⁵ proponen el siguiente principio integrado: Se debe realizar una acción en una situación si y solo si (1) al realizar la acción,

⁴¹⁵ CORNMAN, J.; LEHRER, K., *cit.*, p. 504.

(a) se trata como meros medios al menor número posible de personas en la situación, y (b) se trata como fines a tantas personas como sea coherente con (a) y (2) al realizar la acción en la situación se obtiene tanta felicidad general como sea coherente con (1). Este principio utilitarista kantiano integrado evita el problema de que muchos esclavicen a pocos, porque tal acto violaría el punto (1). También evita el problema del conflicto de deberes, porque el punto (2) proporciona una manera de decidir qué hacer cuando nos enfrentamos a un conflicto de deberes.

La deontología y el utilitarismo son dos de las teorías éticas más significativas e influyentes del pensamiento occidental. Gran parte del razonamiento moral que realizamos a diario está guiado por la reflexión utilitarista o deontológica. Esto es cierto tanto en general como específicamente en los casos relacionados con la justicia penal. El propio sistema de justicia penal suele justificarse por motivos utilitaristas (castigar a los delincuentes redundaría en beneficio de la mayoría de los ciudadanos) o kantianos (es deber castigar los delitos).

Es suficiente con transcribir el enunciado de Bentham, según el cual no debe haber punición al criminal cuando esta fuera inútil o excesivamente dispendiosa (*unprofitable or too expensive*)⁴¹⁶, para demostrar cuán alineado está con la posibilidad, trasladada a la actualidad, del *plea bargaining*. Y, aunque no se refiera directamente a la delación, señala expresamente que no debe haber punición cuando “el valor extraordinario de los servicios del delincuente fue perjudicado con la punición”⁴¹⁷. La obra del autor, especialmente en *Morals and Legislation*⁴¹⁸, en diversos momentos insinúa esa posibilidad de premio al delator, cuando la pena no representa beneficios para el Estado o la colectividad⁴¹⁹.

Como se verá en el capítulo siguiente, es posible plantear que exista alguna función del premio al delator que sea autónoma, independientemente de que la

⁴¹⁶ “3. Where it is *unprofitable*, or too *expensive*: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented.” BENTHAM, J. *An introduction to the principles of moral and legislation*. New York: Burns and Hart-Oxford, 2005, p. 161.

⁴¹⁷ “2. The extraordinary value of the services of someone delinquent; in the case where the effect of the punishment would be to deprive the community of the benefit of those services.” (XIII, XVI.2) *Idem*, p. 164.

⁴¹⁸ Hoy, con una perspectiva ampliada, ya se observa cuánto valorizaba Bentham la ley penal, colocándola como elemento nuclear de su pensamiento político. En palabras de O'Malley: “Put simply, the delivery of pain could be rationally calculated and universally applied to prevent wrong. Penal law was thus to be the central tool of government. Applied with certainty, punishment would guide subjects away from harmful activities”. O'MALLEY, P. Jeremy Bentham, *cit.*, p. 11.

⁴¹⁹ En ese sentido, las teorías de prevención son utilitaristas. Véanse, adelante, 3.3 y 3.4.

disminución de pena a uno implique un aumento real de pena a otros. Su fundamento principal, sin embargo, radica en la ganancia de escala en la aplicación de la pena para el Estado y en la ventaja personal del delator, a través de la disminución o anulación de su pena, basada en la utilidad de su contribución.

Si asumimos que este fundamento principal es, por un lado, el aumento de escala penal y, por otro, la obtención de ventaja personal, podemos identificar una nueva rama del utilitarismo de aplicación práctica y concreta en la contemporaneidad: la Teoría de juegos. Esta teoría nos ayudará a desmitificar ciertas relaciones con el Derecho penal, al mismo tiempo que aporta conceptos a la comprensión penal, siempre que se lo haga con alguna cautela.

2.9 Teoría de juegos

Para concluir el estudio sobre el utilitarismo en el contexto de la delación premiada, es necesario realizar algunas consideraciones esenciales sobre la Teoría de Juegos (*Game Theory*). En primer lugar, conviene identificar la tendencia que ha llevado a esta teoría al ámbito jurídico, especialmente en lo que respecta a la justicia negociada. No se puede pasar por alto que la *Game Theory* está sobrevalorada en el entorno jurídico, lo que en principio no afectaría la presente investigación, si no fuera porque ha generado la errónea convicción de que las *ganancias* —elemento central de los juegos— pueden cuantificarse en la pena, como si el derecho penal fuera una batalla entre lo justo y lo injusto, lo jurídico y lo antijurídico. Básicamente, este es el punto que ya se ha discutido en los apartados anteriores, dentro de la crítica formulada al utilitarismo.

No obstante, es imprescindible examinar la Teoría de Juegos para esclarecer los mitos y realidades en su aplicación a la delación premiada. Solo así será posible, en los capítulos siguientes, referirse con precisión a esta teoría, que, con *algún* fundamento, se infiltra constantemente en el debate sobre el derecho premial.

2.9.1 Premisas

Por ahora, es fundamental considerar que, si el jurista se atreve a medir las ganancias en la aplicación de la pena en contraste con la reducción otorgada al delator, está omitiendo una etapa esencial, que constituye el objeto de esta monografía: definir cuáles son los valores que se incrementan o disminuyen al conceder dicho beneficio⁴²⁰.

Si existiera tal definición, la Teoría de Juegos sería inmediatamente aplicable, ya que la complejidad de sus cálculos probabilísticos cumpliría un doble requisito que, por ahora, consideramos ausente: **(a)** que existan datos suficientes para alimentar las estadísticas necesarias para una aplicación de lógica formal matemática y **(b)** que haya un filtro, también formal, que permita identificar, dentro de ese conjunto de datos, cuáles pueden incorporarse en los cálculos de la Teoría de Juegos. Desde esta premisa, lapostura de cautela aquí defendida respecto a la incidencia de la *Game Theory* en el Derecho penal queda establecida, salvo cuando se emplea de manera lateral, lo que no invalida la relevancia de su análisis en este estudio. Al final, la teoría constituye la *máxima expresión de la aplicación práctica del utilitarismo*, en la medida en que lo concreta mientras lo asume como premisa. Además, ha aportado conceptos que, aunque trasladados de forma imprecisa al Derecho penal, ya forman parte del lenguaje técnico de la justicia negociada⁴²¹.

2.9.2 Expansión de la teoría de juegos

Planteamos dos causas, a modo de hipótesis, de la excesiva expansión de la *Game Theory*: **(a)** En términos generales, su aproximación a la psicología social. A través de este giro, por lo que aquí se defiende, la teoría se convirtió en una panacea atractiva para abordar los numerosos casos en los que las ciencias humanas se desarrollan a través de

⁴²⁰ Ello estará sintetizado en 8.10.2 y 8.10.3. El *intento* de definir valores y cuantificarlos es punto central de la conclusión de la presente monografía.

⁴²¹ La relevancia de que los conceptos se trasladen equivocadamente de la lógica formal a la informal no es algo novedoso. Es cierto que dicha transformación no es ideal, ya que genera confusiones; sin embargo, para que el derecho pueda expandirse como área de conocimiento, necesita apropiarse de nuevos vocablos, extraídos en ocasiones de conceptos más complejos o no necesariamente compatibles con el original. Sobre el tema, véase, de este autor, RODRÍGUEZ, V. G. *Argumentación Jurídica: texto, razonamiento y lógica informal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 350 y ss.

disputas o negociaciones bilaterales o multilaterales con perspectivas parcialmente egocéntricas (*selfish*), como ocurre en la delación premiada⁴²². Sin embargo, precisamente por esta razón, es necesario revisitar sus fundamentos hasta comprender el punto en el que se expandió al estudio del comportamiento humano. **(b)** En un sentido más específico, la percepción meramente intuitiva de la aplicación de la Teoría de Juegos a la delación premiada, derivada de su aproximación al llamado 'dilema del prisionero', el cual, como se pretende demostrar, no tiene una aplicación directa en este contexto, a pesar de la similitud figurativa del ejemplo. Solo cuando se hayan definido con precisión estas hipótesis podrá determinarse la aplicabilidad de la Teoría de Juegos en el presente objeto de estudio, ya sea desde la política criminal o desde la propia dogmática.

2.9.3 Origen de la teoría de juegos

La Teoría de Juegos es una rama, originalmente perteneciente a las matemáticas, que estudia las decisiones estratégicas en situaciones de conflicto y cooperación. Algunos autores señalan que su origen se remonta a 1944, cuando el matemático John von Neumann y el economista alemán Oskar Morgenstern publicaron *Theory of Games and Economic Behavior*⁴²³. Aunque este libro puede considerarse un punto de partida formal, la teoría tiene numerosos antecedentes, incluidos estudios de probabilidad que ya abordaban temas análogos antes del bautismo de la Teoría. Básicamente, su objeto es examinar la toma de decisiones interdependientes, es decir, aquellas en las que el resultado para un *player* depende no solo de sus propias decisiones, sino también de las elecciones de los demás, quienes actúan conforme a intereses distintos y buscan estrategias con mayor probabilidad de otorgarles ventajas. En este sentido, la idea de "juego" se centra en la disputa entre participantes que, por definición, son *selfish*; es decir, aunque puedan formar alianzas, su objetivo es ganar el juego individualmente. Sin embargo, este objetivo —como luego se observa— no constituye una premisa en el

⁴²² Toda la Teoría de Juegos se fundamenta en la idea de que el jugador debe ganar (*win*), lo cual, como se explica en el subtítulo siguiente (2.9.3), no constituye una premisa aplicable directamente a la situación de la delación premiada, en la que intervienen otros intereses y, además, otros actores que no se contemplan en los modelos simplificados de la *Game Theory*.

⁴²³ El libro es un verdadero compendio con el que se definen las nomenclaturas y estrategias utilizadas hasta la fecha. La versión de 1953 está en dominio público en archive.org y será aquí citada, especialmente en lo que se refiere a los tipos de juegos y estrategias. NEUMANN, J.; MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953.

derecho penal: la victoria en una disputa contra el delito es algo que, desde Beccaria, no representa la finalidad principal de las sanciones⁴²⁴.

Si retrocedemos aún más en la historia de la teoría, debemos remontarnos, al menos, a Antoine Augustin Cournot, quien, en 1838, introdujo la idea de *equilibrio* en el contexto de la competencia económica. Este aspecto sigue siendo uno de los más cruciales en la aplicación de la Teoría de Juegos hoy en día y continuará siendo un eje central para sus cálculos. Al avanzar hacia los hitos de la teoría, es imprescindible destacar el año 1950, cuando el matemático estadounidense John Nash aplicó el concepto de equilibrio económico a los juegos, dando origen al teorema más importante de la *Game Theory*, que también tendrá relevancia en este texto, aunque solo en términos muy simplificados⁴²⁵. Este concepto, conocido como *Nash Equilibrium*, establece un punto en el que ningún *player* puede mejorar su situación modificando unilateralmente su estrategia. En 1994, Nash recibiría el Premio Nobel de Economía junto con John Harsanyi y Reinhard Selten por esta contribución. No sería el único galardón de la Academia Sueca para estudios relacionados con la Game Theory, lo que reafirma su relevancia práctica⁴²⁶.

Quienes estudian el tema no dejan de mencionar a los mismos autores galardonados con el Nobel en 1994, cada uno con su respectiva contribución. John Harsanyi amplió la Teoría de Juegos a situaciones de información imperfecta⁴²⁷, mientras

⁴²⁴ Sobre función del derecho penal y función de la pena, véase capítulo 03.

⁴²⁵ Afirma que el equilibrio de Nash nació del análisis del ‘duopoly’ de Cournot, habida en 1838: “The basic equilibrium concept employed most commonly in oligopoly theory is that of the Nash equilibrium, which originated in Cournot’s analysis of duopoly (1838). The Nash equilibrium applies best in situations of a one-off game with perfect information. However, if firms compete repeatedly over time, or have imperfect information, then the basic equilibrium concept needs to be refined”. DIXON, H. *Surfing Economics*. Chapt. 6. *Oligopoly Theory Made Simple*, Springer Link, 2001, p. 130.

⁴²⁶ ROSA, A. M. da. *Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório Modara, 2017.

⁴²⁷ Un texto muy completo sobre la contribución de Harsanyi es: WEYMARK, J. A. John Harsanyi’s contributions to social choice and welfare economics. *Social Choice Welfare*, v. 12, p. 313–318, 1985. Harsanyi ganó el Nobel de 1994 juntamente con Nash y Reinhard Selten. Su trabajo más conocido fue HARSANYI, J. C. Games with Incomplete Information Played by “Bayesian” Players, Parts I-III. *Management Science*, v. 14, n. 3, p. 159-182, 320-334, 486-502, 1967-1968. Los Bayesian Games no serán aquí abordados, pero pueden ser interesantes para pensar en decisiones sobre delación premiada, siempre y cuando se ponga el Estado como interesado en el juego. El libro más conocido de Reinhard Selten, también galardonado en la misma ocasión de Nash con el Nobel es SELTEN, R. Reexamination of the Perfectness Concept for Equilibrium Points in Extensive Games. *International Journal of Game Theory*, v. 4, n. 1, p. 25-55, 1975. Estos libros no se citan en la bibliografía de este trabajo, por no haber sido consultados directamente, con lo cual aquí están solo a título de información. Un texto más refinado sobre lo que son los juegos con información imperfecta está en Govidan: “Among parlor games, chess is a game with perfect information (if players remember whether each king has been castled). Bridge and poker are games with imperfect information because the cards in one player’s hand are not known to others when they bet”. GOVINDAN, S. W. *Refinements of Nash Equilibrium*. *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan, 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.772081>, p. 03

que Reinhard Selten desarrolló la noción de equilibrio en juegos secuenciales, estableciendo así la teoría de los Subjuegos Perfectos⁴²⁸.

La evolución, empero, continúa hasta la fecha, con formulaciones cada vez más sofisticadas que superan la experiencia del jurista. A continuación, se presentan algunos de estos desarrollos, en función de los objetivos limitados de este estudio.

2.9.4 Breves conceptos y clasificaciones en *game theory*

La esencia de la teoría radica en los tipos de juegos analizados, los cuales se clasifican según sus principales características. De manera simplificada, pueden dividirse en las siguientes categorías.

Juegos Cooperativos y No Cooperativos: en los juegos cooperativos, los jugadores pueden formar coaliciones y colaborar para alcanzar un objetivo común. Este es el caso de los cárteles, las alianzas políticas en procesos electorales o, posiblemente, lo que subyace en la esencia de las cooperaciones criminales. En contraste, en los juegos no cooperativos, cada jugador actúa por su cuenta, buscando maximizar su propia ganancia sin la posibilidad de establecer acuerdos vinculantes. Teóricamente, este es el caso del *Dilema del Prisionero*, cuya esencia radica en la falta de comunicación entre dos encarcelados; es decir, el juego solo funciona porque los *players* están impedidos de cooperar⁴²⁹. Juegos de Suma Cero: son aquellos en los que la ganancia de un jugador representa exactamente la pérdida de otro, como ocurre en el ajedrez⁴³⁰. Una vez más, esto no se aplica al *Dilema del Prisionero*, ya que su núcleo radica en el desequilibrio entre lo que se puede ganar o perder debido a un factor absolutamente arbitrario: el *payoff* que el Estado puede aumentar o reducir según su criterio, imponiendo a terceros las reglas del juego.

⁴²⁸ Su principal obra de divulgación es: Harsanyi, J. C.; REINHARD, S. *A General Theory of Equilibrium Selection in Games*. Cambridge, Massachusetts: MIT-Press, 1988.

⁴²⁹ Para las clasificaciones, además de los libros básicos aquí citados, véase: BORNSTEIN, G. A classification of games by player type. In: BIEL, A.; EEK, D.; GÄRLING, T.; GUSTAFSSON, M. (eds.). *New issues and paradigms in research on social dilemmas*. Boston: Springer, 2008, p. 33.

⁴³⁰ La clasificación del ajedrez como Zero Sum Game está en NEUMAN, J., MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953, p. 124-125.

Mejor respuesta (*best response*): se refiere a la estrategia que maximiza el beneficio de un jugador, suponiendo que las estrategias de los demás jugadores son conocidas.

Otros conceptos, como es sabido, son más complejos, pero, una vez más, procuramos no exceder los límites necesarios para la toma de posición en la presente tesis. Dentro de estos límites se encuentran las llamadas estrategias, que establecen las fórmulas para, dicho en términos muy coloquiales, "ganar el juego" y obtener el mejor *payoff* posible. Nos interesan particularmente dos conceptos vinculados, respectivamente, al resultado y a la estrategia: el **Pareto Optimum** y el **Nash Equilibrium**⁴³¹.

El *Pareto Optimum* (Óptimo de Pareto) es un estado en el que no es posible mejorar la situación de un jugador sin empeorar la de otro⁴³². Se trata de un concepto fundamental en economía y Teoría de Juegos, ya que representa una situación de eficiencia en la asignación de recursos. Dicho *contrario sensu*, si es posible mejorar el *payoff* de una de las partes sin perjudicar a otro *player*, **no** se ha alcanzado el óptimo. Por esta razón, en un mismo juego pueden existir varios Óptimos de Pareto, cada uno con ventajas distintas para cada *player*, pero todos manteniéndose dentro de un máximo global de recompensas.

El *Nash Equilibrium* (Equilibrio de Nash) es una fórmula de cálculo compleja, aunque su concepto, expresado en notación matemática, resulta relativamente sencillo. Se trata de una situación en la que ningún *player* puede mejorar su resultado modificando **unilateralmente** su estrategia, siempre que los demás jugadores no cambien las suyas.

⁴³¹ Existen otras disyuntivas importantes, que aquí se mencionan solo a modo de referencia, en caso de que aparezcan en el texto: **Juegos Simultáneos vs. Juegos Secuenciales**: en los primeros, los *players* toman sus decisiones sin conocer las elecciones de los demás. Ejemplo clásico: el *Dilema del Prisionero*. En los juegos secuenciales, los jugadores toman decisiones en un orden específico, con conocimiento de las elecciones previas. Ejemplo clásico: el *Juego del Ultimátum*. **Juegos de Información Perfecta vs. Juegos de Información Imperfecta**: en los primeros, los *players* conocen las acciones previamente tomadas por los demás. Ejemplo: el ajedrez. En los segundos, los jugadores no tienen un conocimiento completo de las acciones anteriores. Ejemplo: el póker. Este tipo de clasificaciones es especialmente relevante al momento de adecuar fórmulas matemáticas y puede aplicarse a situaciones mucho más complejas. Todos estos conceptos, por ser muy básicos, pueden encontrarse descritos en las entradas de clasificación de la *Encyclopædia Britannica* en línea o en la de Stanford. Por lo tanto, no requieren una documentación estricta, sino que figuran en el presente texto únicamente como premisa.

⁴³² "A state of affairs is Pareto-optimal (or Pareto-efficient) if and only if there is no alternative state that would make some people better off without making anyone worse off. More precisely, a state of affairs *x* is said to be Pareto-inefficient (or suboptimal) if and only if there is some state of affairs *y* such that no one strictly prefers *x* to *y* and at least one person strictly prefers *y* to *x*. The concept of Pareto-optimality thus assumes that anyone would prefer an option that is cheaper, more efficient, or more reliable or that otherwise comparatively improves one's condition." INGHAM, S. "Pareto-optimality." *Encyclopedia Britannica*, 2024. Disponible en: <https://www.britannica.com/money/Pareto-optimality>.

O, dicho en términos más acordes con el análisis que aquí se produce, conociendo alguna predicción sobre las posibles acciones de los demás *players*, se elige una *optimal strategy*, es decir, la estrategia con mayor probabilidad de convertirse en una *best response*. Se trata de un punto de equilibrio en el que las expectativas de todos los jugadores se cumplen. Por lo tanto, a diferencia del *Pareto Optimum*, el *Nash Equilibrium* se enfoca en una estrategia **futura**, suponiendo que existe un movimiento por realizar que, al conocer los posibles movimientos de los demás jugadores, resulta matemáticamente el más ventajoso. Para documentar lo que será analizado más adelante, presentamos la notación del Óptimo de Pareto y del Equilibrio de Nash⁴³³.

Pareto Óptimo: Un **resultado** $s^* = (s_1^*, s_2^*, \dots, s_n^*)$ es Pareto Óptimo si no existe otro perfil de estrategias $s = (s_1, s_2, \dots, s_n)$ tal que:

$u_i(s_1^*, s_2^*, \dots, s_n^*) \geq u_i(s_1, s_2, \dots, s_n) \quad \forall i$, y al menos una desigualdad es estricta para algún jugador j , es decir, $u_j(s_1^*, s_2^*, \dots, s_n^*) > u_j(s_1, s_2, \dots, s_n)$

Equilibrio de Nash: En un juego con n jugadores, cada uno con un conjunto de estrategias S_i y una función de utilidad $u_i(s_1, s_2, \dots, s_n)$ un **perfil de estrategias** $s^* = (s_1^*, s_2^*, \dots, s_n^*)$ es un Equilibrio de Nash si, para cada jugador i , se cumple:

$$u_i(s_1^*, s_2^*, \dots, s_n^*) \geq u_i(s_1, s_2, \dots, s_n) \quad \forall s_i \in S_i.$$

Es decir, ningún jugador puede mejorar su utilidad cambiando unilateralmente su estrategia.

En términos más libres, el *Nash Equilibrium* es la estrategia que busca asegurar una ventaja futura. La idea principal es que, por más complejas que sean sus reglas, **todos** los juegos de suma cero tienen al menos un equilibrio de Nash. Además, en otros tipos de juegos, como los de mixed strategies o los *Bayesian Games*, donde las reglas son inciertas, también es posible aproximarse a situaciones de equilibrio. Por esta razón, el *Nash Equilibrium* se considera una de las herramientas más poderosas de la Teoría de Juegos,

⁴³³ Una vez más, el ejemplo es de creación para esta monografía, aunque no constituye una construcción original en sí misma. Se sustenta en diversos textos básicos que explican estos conceptos, como las entradas sobre *Game Theory* de la *Encyclopædia Britannica* en línea o de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Puede parecer novedoso para el lector del ámbito jurídico, pero dentro de esta disciplina no presentan posiciones controvertidas. Construcción didáctica como esta aparece por la Universidad de Sevilla en: <https://institucional.us.es/blogimus/2024/01/nash-pareto-y-sus-equilibrios>. En el presente caso, el equilibrio de Nash, que aparece a continuación del texto, se adaptó más directamente de KREPS, D. Nash Equilibrium. In: EATWELL, J., MILGATE, M., NEWMAN, P. (eds). *Game Theory*. London: Palgrave Macmillan, 1989, p. 168.

ya que los cálculos en escenarios complejos suelen ser altamente **contraintuitivos**; es decir, proporcionan una racionalidad para estrategias ganadoras que, sin el respaldo matemático, difícilmente se habrían descubierto. Estas nociones, aunque impliquen una mayor profundización en la lógica formal, son esenciales para fundamentar las hipótesis en este estudio, especialmente en relación con el Dilema del Prisionero.

2.9.5 La entrada de la Psicología y la teoría de juegos

El análisis psicológico de la Teoría de Juegos es especialmente relevante para el presente estudio, ya que presenta importantes puntos de singularidad. Por un lado, se encuentra la transposición de las matemáticas a la psicología, que se abordará a continuación; por otro, la relación entre las matemáticas y el derecho, que justifica la introducción de esta teoría en el presente estudio monográfico.

Daniel Kahneman y Amos Tversky, psicólogos israelíes, incorporaron la psicología al objeto aquí abordado a través de la *Prospect Theory* (Teoría Prospectiva). Su trabajo cuestionó cómo, en la práctica, se toman decisiones estratégicas en la Teoría de Juegos. En 1979, Kahneman y Tversky demostraron que las decisiones humanas no siempre siguen los principios de maximización de la utilidad esperada. En lugar de evaluar las opciones según su valor esperado, las personas tienden a tomar decisiones basadas en la percepción **subjetiva** de las ganancias y pérdidas, mostrando **aversión al riesgo** en situaciones de ganancia y búsqueda de riesgo en situaciones de pérdida. Con ello, introducen el concepto de punto de referencia o *estado de referencia* reference point⁴³⁴), en torno al cual las personas evalúan los resultados como ganancias o pérdidas.

Lo más relevante, en este sentido, es observar que existe una situación *de loss aversion* (aversión a la pérdida), que refleja el miedo a la inseguridad y la búsqueda de certeza. Lo que parecía intuitivo se confirma: las personas valoran desproporcionadamente los resultados ciertos sobre los probables, incluso cuando la probabilidad de ganar es solo ligeramente mayor. Esto influye en cómo los players

⁴³⁴ “The reference point usually corresponds to the current asset position, in which case gains and losses coincide with the actual amounts that are received or paid. However, the location of the reference point, and the consequent coding of outcomes as gains or losses, can be affected by the formulation of the offered prospects, and by the expectations of the decision maker”. KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 274, 1979

valoran diferentes estrategias y cómo pueden ser afectados en juegos con opciones probabilísticas. Algunos elementos pueden parecer evidentes, como el *certainty effect* (efecto de certeza), la necesidad de seguridad o la sobreponderación de bajas probabilidades (*overweighting of low probabilities*)⁴³⁵, que explica por qué las personas valoran opciones en las que la pérdida es muy baja, la probabilidad de ganancia es casi nula, pero el premio es muy alto, como ocurre en las loterías⁴³⁶.

Se puede utilizar una notación matemática de la teoría, que resulta interesante en términos de visualización:

La función de valor $v(x)$ en la Teoría de las Prospectivas se puede escribir como:

$$v(x) = \begin{cases} x^\alpha & \text{si } x \geq 0 \\ -\lambda(-x)^\beta & \text{si } x < 0 \end{cases}$$

Donde:

- x es la ganancia o pérdida en relación con el estado de referencia.
- α y β son parámetros que controlan la sensibilidad hacia las ganancias y pérdidas.
- $\lambda > 1$ es el coeficiente de aversión a la pérdida, que refleja que las pérdidas son más impactantes emocionalmente que las ganancias⁴³⁷.

⁴³⁵ Esa es la interesante idea de “*decisión weight*”, que aparece en el trabajo seminal de Kahneman, que, conforme la postura defendida en el presente trabajo, es un tanto intuitivo: “In prospect theory, the value of each outcome is multiplied by a decision weight. Decision weights are inferred from choices between prospects much as subjective probabilities are inferred from preferences in the Ramsey-Savage approach. However, decision weights are not probabilities: they do not obey the probability axioms and they should not be interpreted as measures of degree or belief”. KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979, p. 280. Su definición, al no ser una probabilidad ni una medida de creencias, parece una incógnita, que no se solventa por estudio comportamental.

⁴³⁶ Por ocasión del fallecimiento de Kahneman, en 2024, el New York Times hacía una divulgación del principio de loss-aversion: “Professor Kahneman delighted in pointing out and explaining what he called universal brain “kinks.” The most important of these, the behaviorists hold, is loss-aversion: “Why, for example, does the loss of \$100 hurt about twice as much as the gaining of \$100 brings pleasure?” HERSHEY JR., R. Daniel Kahneman, Who Plumbed the Psychology of Economics, Dies at 90. *The New York Times*, [New York], 27 mar. 2024. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2024/03/27/business/daniel-kahneman-dead.html>.

⁴³⁷ La adaptación es nuestra, muy resumida, pero se puede encontrar su correspondiente en las páginas 278-280 de KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A., *cit.*, p. 280.

Ahora bien, la idea de resumir la *Prospect Theory* en una notación lógica con variables matemáticas no implica que se haya resuelto un problema fundamental. En palabras más libres, al **introducir emociones** en la teoría, esta se transforma más en un **modelo psicológico** que en un sistema estrictamente lógico-formal. En este sentido, resulta interesante que Kahneman haya puesto a prueba empíricamente el proceso de toma de decisiones, pero ello no autoriza a afirmar que las matemáticas hayan ignorado este aspecto, dado que siempre han mantenido cierta distancia respecto de lo empírico.

Si bien la introducción de parámetros como la *loss aversion* y la sensibilidad hacia las ganancias permite alcanzar una notación matemática coherente, la variable incorporada abre una puerta tan amplia al **mundo real** que, más que una variable propiamente dicha, parece una **incógnita**. La función de asignar un peso decisorio a cada elemento conlleva la consecuencia de que, en su origen, este peso no sea previsible en absoluto. Como resultado, la *Behavioral Theory* plantea un cuestionamiento: ¿seguimos hablando de una Teoría de Juegos o, más bien, de una teoría del comportamiento a la que se aplican nuevas fórmulas?

Esta cuestión no es meramente especulativa, ya que, como se ha mencionado, refleja la misma aproximación que se observa entre la teoría jurídica y la Teoría de Juegos. Aunque la formulación lógica sea comprensible y merezca reconocimiento, las variables no pueden ser tan abiertas sin que ello implique el riesgo de que la teoría pierda su carácter matemático y pase a depender principalmente de cuestiones cognitivas. Y aunque estas puedan medirse empíricamente, siempre existirá un margen de incertidumbre en las conclusiones individuales, tema que se retomará en el capítulo final.

De ahí surge la primera hipótesis que aquí se plantea sobre la sobrevaloración de la teoría: la falsa impresión de que es posible trasladar sin dificultad la probabilidad de decisión individual a los cálculos de utilidad, lo cual no es cierto. No obstante, a partir de Kahneman, ha surgido en el campo de la economía toda una rama de *behavioral economics*, que ha logrado integrar con éxito esta ciencia con las reacciones y preferencias personales⁴³⁸.

⁴³⁸ En este punto se regresa al tema del libre albedrío, para el cual se remite, entre tantos, a RODRÍGUEZ, V. G. *Livre-Arbitrio e Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

2.9.6 El ‘dilema del prisionero’ como paradoja matemática

El Dilema del Prisionero está formulado dentro de un marco teórico propio, por lo que no debe esperarse, en su enunciación, un lenguaje jurídico ni una compatibilidad directa con el ordenamiento. De hecho, estas diferencias son una de las razones por las que el dilema se incorpora en este estudio. Imaginemos que dos personas, el Prisionero A y el Prisionero B, han sido detenidas por un delito grave (robo, por ejemplo). Sin embargo, la fiscalía no cuenta con pruebas suficientes para condenarlos por este delito mayor. Lo único que puede acreditarse es un delito menor (allanamiento de morada, por ejemplo), que conllevaría una condena leve de un año de prisión para ambos. Ante esta situación, los fiscales deciden incomunicar⁴³⁹ a los prisioneros y formular una propuesta a cada uno de ellos. Por separado, reciben la siguiente oferta:

- _ Si uno de los prisioneros confiesa el crimen (delata al otro) y este otro permanece en silencio, aquel que confiesa será liberado inmediatamente (valor “0”, es decir, ningún castigo), mientras que el otro recibirá una sentencia de 5 años de cárcel (-5, o sea, valor negativo, porque el *payoff* es un castigo).
- _ Si ambos confiesan (se delatan mutuamente), ambos recibirán una sentencia moderada de 3 años de cárcel (-3).
- _ Si ambos permanecen en silencio (cooperan entre si), los fiscales solo pueden condenarlos por el delito menor y ambos recibirán una sentencia de 1 año de cárcel (-1).

En ese estado de cosas, hay una combinación de resultados, pero cada prisionero toma una única decisión. Es decir, cada prisionero tiene solo un par de opciones: cooperar (permanecer en silencio) o delatar (confesar, traicionando al otro).

Así, entonces, está la tabla de *payoffs*, de compensaciones a partir de la propuesta:

⁴³⁹ La incomunicabilidad es clave en la forma de situación imperfecta. Neumann lo pone ya en sentido conceptual: “Let us therefore fix our attention on a particular move. If this *m* is a chance move, then nothing more need be said: the choice is decided by chance; nobody’s will and nobody’s knowledge of other things can influence it. But if *m*, is a personal move, belonging to the player *K*, then it is quite important what *m* state of information is when he forms his decision concerning *m* — i.e. his choice of $\langle K \rangle$ ”. von NEUMANN J.; MORGENTERN, O., *cit.*, p. 51

Tabla de Recompensas del Dilema del Prisionero

	Prisionero B: Silencio	Prisionero B: Delata
Prisionero A: Silencio	-1 / -1	-5 / 0
Prisionero A: Delata	0 / -5	-3 / -3

A partir de esta tabla, se comprende la fuerza del Dilema del Prisionero en su estructura lógica, ya que el juego conduce a una paradoja. La cuestión es que, si imaginamos a un prisionero racional, su única estrategia dominante es delatar al otro. Al evaluar los posibles movimientos de su compañero, la delación se presenta como la opción que ofrece la mayor ventaja personal. Si esta es la estrategia dominante, significa que, en un juego simple como este, **la delación del compañero constituye la única hipótesis de Equilibrio de Nash**, es decir, la elección matemáticamente más segura considerando la información disponible sobre las posibles acciones del otro jugador (-3, -3) y el peor resultado posible (-5). Hasta aquí, ninguna paradoja⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Véase como los matemáticos crean preguntas interesantes sobre la dinámica del Dilema, pero siempre con una premisa: el jugador “perfectamente racional”. “Under what changes to the delays would the users’ decisions still be the same? How would the users behave if they have the opportunity to face this same decision with the same counterpart multiple times? Do answers to these questions depend on how rational the agents are and how they view each other’s rationality? Game theory gives answers to many of these questions. It tells us that any rational user, when presented with this scenario once, will adopt—regardless of what the other user does. It tells us that allowing the users to communicate beforehand will not change the outcome. It tells us that **for perfectly rational agents, the decision will remain the same** even if they play multiple times” LEYTON-BROWN, K.; SHOHAM, Y. *Multiagent Systems: Algorithmic, Game-Theoretic, and Logical Foundation*. Cambridge: Cambridge Press, 2009, p. 55. Muchos autores, en las estadísticas, hacen la pregunta sobre la racionalidad perfecta de un agente, pero no a partir de su psicología y libertad de decisión, sino de la comparación entre la repetición y la forma como los agentes aprenderían o no a predecir el movimiento del adversario, en juegos múltiples. Véase, por ejemplo: FOSTER, D.; YOUNG, P. On the impossibility of predicting the behavior of rational agents. *Revista PNAS*, v. 98, n. 22, 23 out. 2002. Disponible en: <https://doi.org/10.1073/pnas.211534898>, on pnas.org. También NACHBAR, J. Learning in Games. *Complex Social and Behavioral Systems - Encyclopedia of Complexity and Systems Science Series*, New York, p. 485-498, 21 ago. 2020. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-0716-0368-0_307. Sin embargo, la definición fundamental de Neumann ya mostraba que se filtra esa *rationality*, aunque se la intente identificar en estrategias. “The individual who attempts to obtain these respective maxima is also said to act ‘rationally’. But it may safely be stated that there exists, at present, no satisfactory treatment of the question of rational behavior. There may, for example, exist several ways by which to reach the optimum position; they may depend upon the knowledge and understanding which the individual has and upon the paths of action open to him” von NEUMANN J.; MORGENTERN, O., *cit.*, p. 09.

Empero, al observar la tabla, se advierte que la suma de ambas penas en la acción de Equilibrio de Nash es, en este caso, de 6 años (-6). Aunque individualmente la pena de -3 represente una ventaja para cada prisionero, desde una perspectiva global es la **peor opción** en términos de suma total dentro del juego.

Esto se debe a que, en las demás hipótesis, el resultado agregado es menor. En el caso en que ambos cooperen [(Pa S, Pb S)], la suma total de penas es -2. En las hipótesis en las que uno delata y el otro coopera [(Pa D, Pb S) o (Pa S, Pb D)], la suma total de las penas (*payoff*) es -5. **Es decir, la estrategia óptima para cada jugador individualmente dentro de las reglas del juego es, paradójicamente, la que más perjudica a ambos en conjunto.**

Dicho en términos más afines a los matemáticos, el *Nash Equilibrium* es la única opción en la que **no** se puede alcanzar un *Pareto Optimum*. De ahí surge la paradoja matemática que, como ya se observa, tiene poca aplicabilidad en el derecho penal. Sin embargo, esta paradoja ilustra que existen escenarios en los que **la mejor estrategia individual conduce a una pérdida conjunta**, como ocurre en situaciones de guerra, en decisiones estratégicas para intensificar la competencia en campañas publicitarias o incluso en la asignación de gasto público, donde distintas áreas compiten por recursos limitados entre inversión y otros rubros⁴⁴¹.

Sin embargo, la distancia entre la representación **figurativa** del prisionero y un caso real de delación es evidente. Por ello, la importancia matemática de este dilema, como punto de discrepancia entre el Óptimo de Pareto y el Equilibrio de Nash, no debe confundirse con cálculos, límites, ventajas y, sobre todo, con las reglas del juego que rigen una **situación real de delación**. No obstante, conviene señalar una posible paradoja en esta transposición al derecho penal⁴⁴².

⁴⁴¹ En términos simples “Paradoxically, when each prisoner pursues his self-interest, both end up worse off than they would have been had they acted otherwise” AUGUSTYN, A. Prisoner’s Dilemma. *Encyclopedia Britannica*, 2 Aug. 2024. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/prisoners-dilemma>.

⁴⁴² Es posible que esa paradoja sea utilizada cuándo la decisión esté escalonada. Por ejemplo, cuando se piensa que la pertenencia a un cártel, por parte de una empresa, es un juego de múltiples elecciones, separadas por el tiempo, como en un *prisoner’s dilemma ad infinitum*. Casos como ese, empero, una vez más están distantes de lo que se puede aplicar en delación premiada corriente. También se puede plantear la hipótesis que el dilema del prisionero se aplica *ad infinitum* para el Estado, cuando hace sus cálculos sobre la compensación de oferta de perdón al delator. Ello puede ocurrir, sin embargo las reglas no serían necesariamente las del dilema del prisionero, una vez que más se parecería a un juego de ultimatum, en que el equilibrio de Nash puede coincidir con la estrategia óptima.

2.9.7 Toma de Posición: la paradoja de la paradoja

Si se considera exclusivamente el sobreaprovechamiento del *Prisoner's Dilemma* como causa de la importación directa de la *Game Theory* al derecho penal, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre la utilidad y la falta de utilidad de esta paradoja en distintos ámbitos. Revelar la barrera epistemológica, es decir, demostrar que las fórmulas de equilibrio del dilema no pueden trasladarse directamente al derecho penal, adquiere especial relevancia al analizar las formas contemporáneas del utilitarismo y pone de manifiesto una nueva paradoja, que se explicará brevemente.

En el ámbito matemático, como se ha señalado, la importancia del Dilema del Prisionero radica en la contradicción que establece entre dos teoremas: el Óptimo de Pareto y el Equilibrio de Nash. El hecho de que ambos conceptos se presenten en una relación de exclusión exacta resulta contraintuitivo y, precisamente por ello, acentúa la relevancia de los cálculos⁴⁴³.

Sin embargo, al salir del hermetismo del juego, la explicación de la contradicción matemática no resulta difícil de resolver: la disminución del payoff para ambos prisioneros en la estrategia de delación constituye una situación de equilibrio porque en el juego interviene un tercer actor cuya ventaja no está computada en las tablas del cálculo: el Estado. Si este se incorpora como tercer participante, es posible concebir un juego de suma cero con tres jugadores. La consecuencia más evidente es la eliminación

⁴⁴³ La relevancia de los cálculos, cuando se aplican, están en el hecho de que ellos contradigan predicciones intuitivas. Ello aparece especialmente en las estadísticas, como demuestra Tijms, en un libro cuya segunda parte dedica al análisis de casos en que la intuición contradice los cálculos y estos, claro, son los que se confirman en la realidad. Al evaluar el Monty Hall Dilemma, recorta la frase de Diaconis que aquí será útil: “But I do know that my first reaction has been wrong time after time on similar problems. Our brains are just not wired to do probability problems very well”. TIJMS, S. *Chance, Logic and Intuition*. New York: World Scientific, 2021, p. 197. La contradicción entre lo que se intuye y la probabilidad es lo que está por detrás de la teoría de juegos, aunque cuando se tiene en cuenta que las *decisiones* dependen de muchas variantes, incluso psicológicas. Como ejemplo muy conocido, está el economista español Ignacio Palacios-Huerta, un experto en Teoría de Juegos y economía del deporte, realizó un análisis sobre cómo los jugadores de fútbol ejecutan los penales. Su investigación, basada en datos de *La Liga* española y otras ligas, mostró que los jugadores de fútbol tienden a seguir estrategias que se alinean con el equilibrio de Nash en situaciones tales. El artículo está disponible en la página del profesor, y concluye categoricamente: “These results represent, to the best of our knowledge, the first time that both implications of von Neumann’s (1928) Minimax Theorem are supported under natural conditions”. PALACIOS HUERTA, I. Professionals Play Minimax. *Review of Economics Studies*, v.70, n. 02, p. 395-415, 2000, p. 414.

del antagonismo directo entre los prisioneros, lo que complica aún más las cuentas⁴⁴⁴. Esto plantea una cuestión que hasta el momento no ha sido considerada: ¿por qué no se puede **insertar al Estado** en el Dilema del Prisionero como el *player* que obtiene ganancias en lo que, hasta ahora, se ha definido como Equilibrio de Nash entre los prisioneros? La hipótesis aquí propuesta implicaría la existencia de un jugador que absorbe para sí el *payoff* negativo de ambos *players*, lo que generaría un saldo positivo para el Estado. A su vez, esto conllevaría la configuración de una situación de Óptimo de Pareto dentro del equilibrio.

Esta hipótesis requeriría un recálculo completo del equilibrio, pero su consecuencia fundamental sería clara: con la introducción del Estado como un *player*, **la paradoja se anularía**.

.La pregunta no se ha planteado en matemáticas sencillamente porque equivaldría a construir un juego distinto, en el que la intervención de un tercero, que posiblemente transformaría el juego en una suma cero, **desconfiguraría el interés** del cálculo. Esto refuerza la idea de que la existencia del prisionero es, en este problema, meramente **alegórica**, ya que lo relevante es la configuración del cuadro de opciones.

Por otro lado, si el penalista se plantea el mismo interrogante y se pregunta por qué el Estado no es un *player*, inevitablemente será conducido a replantear el problema desde la realidad de su disciplina, con nuevas cuestiones filosóficas. Entre ellas: ¿es **legítimo** que el Estado busque aumentar la cantidad total de pena impuesta a ambos prisioneros? ¿Puede afirmarse que realmente obtiene una ganancia al aplicar la pena máxima a ambos delatores?

Esta cuestión remite a la naturaleza de la pena y, en un sentido más específico, a la naturaleza de la reducción de la pena al delator: ¿se trata de una estrategia para maximizar beneficios mediante una mínima reducción sancionatoria? Incorporar este cálculo y posicionar al Estado como un actor en dicha situación implica abordar el tema

⁴⁴⁴ Ésa es la observación de Neumann, al empezar su análisis sobre estrategias de juegos de suma cero con más de dos participantes: “Indeed, it is apparent that the relationships between two players in a zero-sum three-person game can be manifold. In a zero-sum two person game anything one player wins is necessarily lost by the other and vice versa, — so there is always an absolute antagonism of interests. In a zero-sum three-person game a particular move of a player — which, for the sake of simplicity, we assume to be clearly advantageous to him — may be disadvantageous to both other players, but it may also be advantageous to one and {a fortiori} disadvantageous to the other opponent”. von NEUMANN, J., *cit.*, p. 220. Como se puede imaginar, el cálculo de estrategias se hace exponencialmente más complejo.

que constituye el objeto central de esta monografía, el cual está estrechamente vinculado con las críticas formuladas al utilitarismo en general, como se ha discutido en la primera mitad de este capítulo⁴⁴⁵.

Así se formula lo que podría denominarse la **paradoja de la paradoja**: aquello que hace relevante el problema para las matemáticas no lo es para el derecho, y lo que lo hace relevante para el derecho no se transfiere a las matemáticas.

La diferencia —y aquí radica el aspecto crítico— es que, en matemáticas, se reconoce que el carácter figurativo del problema es secundario⁴⁴⁶, mientras que algunos juristas, especialmente en el ámbito del derecho procesal, sostienen lo contrario. No es raro que consideren efectivos los cálculos del Dilema del Prisionero dentro de la *Game Theory* y, en consecuencia, intenten aplicarlos directamente como matriz reguladora de una situación que, en la práctica, simplemente no ocurre⁴⁴⁷.

2.9.8 Práctica de la de teoría de juegos

Las consideraciones sobre el Dilema del Prisionero surgen, en primer lugar, como una explicación de su incorporación directa en el estudio de la delación premiada, a partir

⁴⁴⁵ Nótese como son comunes las alegorías con situación de prisiones en dilemas matemáticos. Gardner, en 1958 (véase pág. 283), creó el Three Prisoner's problem, que también involucra probabilidades, y lo explica en su 'Colossal Book' (p. 277). Véase GARDNER, M. *The Colossal Book of Mathematics*. New York: W.W. Norton Company, 2001. También está el problema llamado "The Unexpected Hanging", mentado por Gardner, pero creado por Lennart Ekbon, en la década de 1940. Véase Gardner (p. 570) o CHOW, T.Y. The Surprise Examination or Unexpected Hanging Paradox. *American Mathematical Monthly*, v. 105, ene. 1998, p. 41-51; y CLARK, D. How Unexpected is the Unexpected Hanging?. *Mathematics Magazine*, v. 67, 1994, p. 55-58.

⁴⁴⁶ Así, por ejemplo, Leyton-Brown: "Incidentally, the name "Prisoner's Dilemma" for this famous game-theoretic situation derives from the original story accompanying the numbers" LEYTON-BROWN, K.; SHOHAM, Y. *Essentials of Game Theory*. New York: Borgan & Claypool, 2008, p. 04.

⁴⁴⁷ Es importante decir que no se ignora que el dilema del prisionero se pueda escalar de modo que se haga efectivamente útil en tomas de decisión reiteradas, que van admitir estadísticas y probabilidades. Hay incluso libros que se hicieron best-sellers al transformar el dilema del prisionero en fórmulas de solución y comprensión de conflictos mundiales. Son ejemplos "Prisoner's Dilemma" de William POUNDSTONE (1992), dos veces nominado al Pulitzer. De modo más profundo, "The Evolution of Cooperation" de Robert AXELROD (1984). En el último autor organizó competencias en las que diferentes estrategias se enfrentaban en múltiples rondas del dilema, revelando las condiciones bajo las cuales la cooperación podría surgir de manera espontánea. Las cuestiones siguen las mismas: los valores a buscar en la delación no están definidos y la complejidad matemática no tiene sido objeto de análisis por los juristas. La idea de que pueda existir un equilibrio, desde el punto de vista del Estado, considerando una serie de decisiones en situaciones diversas, en varios procesos, como en un juego de repetición, no se ha aplicado todavía. Sería algo como el estilo del relevante estudio que hizo Palacios-Huerta, pero, una vez más, la decisión cooperar-no cooperar involucra algo mucho más difícil que, dicho con todo respeto, la decisión sobre para que lado ejecutar penalties en fútbol.

de una coincidencia alegórica poco afortunada que no garantiza efectividad en el derecho penal. Sin embargo, por metonimia, funciona como una advertencia sobre la necesidad de utilizar con cautela la *Game Theory* en supuestos de investigación delictiva. Esto no significa que no pueda ser aprovechada, especialmente si se incorpora una perspectiva utilitarista, con el propósito de plantear interrogantes que surgen a partir de sus ilustraciones y fundamentos teóricos. La primera cuestión es la consideración del Estado como una entidad que busca payoff en una situación de delación premiada, aspecto que acaba de ser planteado. A partir de ahí, emergen otros elementos de juego.

También cabe preguntarse, en términos de *Game Theory*, si el Estado debe distribuir equitativamente los beneficios de la delación entre todos los implicados. Este es un problema fundamental que ya ha sido objeto de estudio en teorías sobre cooperación y alianzas. Se trata de determinar si, cuando varios actores contribuyen a un resultado exitoso, la recompensa debe distribuirse de manera uniforme o siguiendo una proporción que no refleje exactamente su nivel de colaboración, sino su peso dentro de la estructura de poder. Si se considera que la retribución no debe basarse en la *marginal cooperation*, sino en los resultados obtenidos, puede aplicarse, por ejemplo, la *fórmula de Shapley*⁴⁴⁸. En cambio, si se interpreta que cada actor debe ser retribuido *según la importancia de su contribución*, se entra en un modelo denominado ‘Core’⁴⁴⁹. Este razonamiento es evidente en contextos como la inversión bursátil o en situaciones específicas de asambleas y escrutinios, como la formación de coaliciones partidistas entre diputados para aprobar una ley o las alianzas entre accionistas para modificar la política de una empresa.

Los principios de justicia en la distribución de ventajas tienen manifestaciones concretas en casos de delación. Un ejemplo representativo es el caso más emblemático

⁴⁴⁸ Propuesta por Lloyd Shapley en 1953, esta fórmula asigna un valor a cada jugador en un juego cooperativo, basándose en su contribución marginal a todas las posibles coaliciones. Es una forma de distribuir las ganancias de manera justa, considerando el impacto individual de cada jugador en el resultado colectivo. “The Shapley value is a solution concept for cooperative games that assigns to each player a payoff that reflects his marginal contribution to the total payoff of the game. Specifically, the Shapley value of a player is the average of his marginal contributions over all possible orderings of the players”. OSBORNE, M. J.; RUBINSTEIN, A. *A Course in Game Theory*. Cambridge: MIT Press, 1994. p. 291

⁴⁴⁹ El Core es un concepto en teoría de juegos que representa un conjunto de asignaciones de pagos que son estables, es decir, donde ningún subconjunto de jugadores tiene incentivo para desviarse y formar una coalición separada. En otras palabras, el Core asegura que la distribución de beneficios sea tal que ningún grupo pueda obtener un mejor resultado por sí mismo. El Core podría interpretarse como una distribución de beneficios que refleje el poder relativo de cada actor dentro de la estructura, en lugar de su contribución marginal. “The Core is the set of all payoff profiles for which no coalition has a deviation that makes all its members better off. In other words, a payoff profile is in the Core if no group of players can guarantee themselves a higher payoff by forming a coalition and redistributing the payoffs among themselves.”— OSBORNE, M. J.; RUBINSTEIN, A. *A Course in Game Theory*. Cambridge: MIT Press, 1994. p. 257

de delación premiada en Brasil, que llegó a contar con más de 140 delatores⁴⁵⁰. Evidentemente, muchos de ellos proporcionaron información sobre los mismos hechos, lo que obliga a reconocer que su **contribución al resultado** positivo de las investigaciones fue casi insignificante o nula (*dummy player*, en el lenguaje de la *Game Theory*).

Este escenario plantea obligatoriamente otra cuestión: si se concibe la delación como un juego de cooperación, es necesario definir el criterio para la distribución de beneficios entre los *players*. Dependiendo de la estrategia adoptada, recompensar a un gran número de delatores podría resultar **inviable**. Desde un punto de vista matemático, es imposible que todos contribuyan de manera significativa al resultado investigativo.

Sin embargo, ya resulta evidente que este no es, para el derecho penal, un problema de cálculo⁴⁵¹; las distribuciones de cooperación deben establecerse a partir de reglas de justicia y solo después traducirse en fórmulas. Una vez más, si la contribución probatoria se considera relevante para el cómputo de la recompensa, tampoco puede reducirse exclusivamente a valores numéricos, salvo en aproximaciones equivalentes determinadas por el juez. Se trata de un antiguo problema vinculado a la relación de causalidad, siempre de naturaleza normativa. La teoría permite reflexionar sobre las posibilidades de desarrollo de las recompensas en la delación, aunque no sobre el Dilema del Prisionero, que está lejos de alcanzar la complejidad numérica (no filosófica) necesaria para que los cálculos de equilibrio revelen su verdadero papel. Es decir, para que superen las intuiciones no reducibles a notaciones matemáticas y, posteriormente, a fórmulas probabilísticas. En los cárteles, esto puede ser viable, aunque el tema resulte más adecuado a las condiciones de los programas de lenidad. En los leniency programs, si se aplica la regla del first to blow the whistle, los miembros del cártel pueden calcular las ventajas de romper su alianza en función de la recompensa ofrecida. Sin embargo, esto se relaciona más con proyecciones de lucro que con la posición del Estado al ofrecer tales ventajas.

⁴⁵⁰ Resultados. *Ministério Público Federal*, [Brasília], [s/d]. Disponible en: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/casos-historicos/lava-jato/resultados>.

⁴⁵¹ En nuestra tesis, siempre también teniendo en cuenta que los resultados alcanzados con la delación son **uno** de los elementos de su valoración, ya que la delación encuentra una función de meta-prevención general negativa, autónoma. Véase Cap. 03.

Una vez más, la diferencia no afecta la fórmula matemática. El cambio radica en que, al tratar con personas jurídicas, los límites éticos de la delación se debilitan, ya que el incentivo económico se convierte en un factor predominante en las relaciones. Además, la necesidad de sanción pierde parte de su esencia si la empresa adopta suficientes medidas de cambio en su política.

A su vez, es posible que la mera existencia de la delación incremente el riesgo de pérdida para el criminal, especialmente en casos en los que, sin la delación, la aplicación de la ley penal sería improbable. No obstante, esta hipótesis depende de múltiples factores, cuestión que se analizará en el próximo capítulo, dedicado a la función de la pena, y de manera más detallada en el capítulo final, en el que se propondrá una función autónoma para la delación.

En cualquier caso, la posibilidad de un aumento del riesgo para quien planea cometer un delito es menos racional que los números de la Teoría de Juegos, y los datos concretos sobre ese riesgo no están al alcance del posible infractor. Como consecuencia de esta falta de información en el mundo real, incluso si se imagina a un delincuente tomando decisiones bajo un criterio de pura racionalidad, la aplicación de la *Game Theory* a la decisión de cometer un delito es prácticamente nula, incluso en gran parte de los casos de delitos económico-empresariales.

En otras palabras, existe una gran diferencia entre, por un lado, calcular riesgos y evaluar las posibilidades de ganancias y pérdidas en la actividad criminal y, por otro, utilizar la *Game Theory* como herramienta para dicho cálculo.

Por tanto, no resulta arriesgado afirmar que el derecho adopta de la *Game Theory*, como ha señalado un autor destacado, "la fraseología, la cáscara, la ornamentación", del mismo modo que, en el Dilema del Prisionero, la cuestión penal posee para los matemáticos un trasfondo meramente alegórico.

2.10 Conclusiones

En el presente capítulo, tras haber desarrollado los aspectos descriptivos del tema asignado, resulta útil enumerar algunas conclusiones:

a) El análisis del utilitarismo lleva a la conclusión de que, tal como lo concibió Bentham, no constituye un sistema filosófico, sino una *estrategia* orientada a la obtención de ganancia. Esto no implica que no puedan derivarse reflexiones a partir de ella, pero su análisis debe realizarse dentro de un marco epistemológicamente riguroso. Todos los escritos posteriores a Bentham, e incluso en parte los suyos, representan intentos de matizar esa estrategia de ventaja absoluta, es decir, un discurso de legitimación o deslegitimación de la ganancia en sí misma. La dimensión filosófica se encuentra en la atenuación del utilitarismo, ya sea al incorporar consideraciones humanitarias o al demostrar la inadecuación de una teoría basada en la ganancia para las diversas funciones sociales.

Esto ocurre de manera aún más evidente en la *Game Theory*. Un avance matemático es trasladado a la psicología únicamente para confirmar que la toma de decisiones humanas no sigue la lógica probabilística de los juegos, algo que, en sí mismo, no constituye una novedad. Aun así, ni la lógica matemática ni la psicología social pueden ser consideradas sistemas filosóficos, sino *herramientas* para la toma de decisiones con mayor ventaja. La legitimidad de dicha ventaja y la determinación del momento en que su mantenimiento sea justo son cuestiones filosóficas, las cuales son comunes a las matemáticas, el utilitarismo y la.

En cualquier caso, si se adopta un sistema utilitarista (*lato sensu*) en el derecho, las matemáticas, especialmente en su vertiente estadística, se tornan imprescindibles. Solo ellas pueden determinar si existen o no ganancias. En este sentido, la *game theory* constituye un elemento contemporáneo y esencial dentro del utilitarismo.

b) Existen dos razones coincidentes por las cuales algunos autores consideran aplicable la *Game Theory* a la delación premiada, o, más precisamente, dos etapas. En primer lugar, la incorporación de ponderaciones diferenciadas (*weighting*) en la toma de decisiones, propuesta por Kahneman, generó la impresión de que los juegos pueden aplicarse a escenarios de decisión que involucran una carga emocional y no exclusivamente racional-formal. La figura del prisionero reforzó esta impresión y contribuyó a consolidar la idea de que la teoría es aplicable a la delación premiada.

c) El Dilema del Prisionero pierde su valor matemático al ser trasladado al derecho penal, pues deja de constituir una paradoja. Se concluye que, si el Estado interviniera como un jugador en el *Prisoner's Dilemma*, desaparecería el contraste entre el Equilibrio

de Nash y el Óptimo de Pareto, lo que llevaría a una posible situación de suma cero y, con ello, la paradoja se desvanecería. Sin embargo, esta reformulación distorsionaría por completo el sentido del Dilema del Prisionero como modelo de juego en matemáticas.

d) Como teoría que prevé riesgos y recompensas (*payoffs*), es posible que la *game theory* se aplique en el cálculo de ventajas dentro de los *leniency programs*, dado que las empresas que infringen las normas de competencia y forman cárteles realizan cálculos sobre los beneficios de cooperar. Con todo, para trasladarla a la delación propiamente dicha, no solo sería necesario contar con datos que no existen, sino también establecer valores atribuibles a ellos, los cuales están lejos de estar definidos en el derecho penal, al menos en los sistemas de tradición latino-germánica.

e) Los autores que hasta el momento han aplicado la *game theory* a la delación premiada o bien desconocen la complejidad y el verdadero uso de esta teoría estadística, o han asumido que el derecho penal opera como un sistema de cálculo basado en variables que, sin embargo, no han sido debidamente esclarecidas.

f) No obstante, la *game theory* proporciona un lenguaje y una base conceptual que pueden ser útiles cuando se pretende evaluar la opción de delatar. Creer que sus fórmulas más complejas son aplicables en la práctica a decisiones criminales, ya sea en la delación o en la sentencia, es una ilusión que debe evitarse, al menos mientras no se disponga de una fórmula confiable que abarque todos los datos y valores involucrados en estos procedimientos.

Sin embargo, el utilitarismo es lo que justifica la *interpersonalidad* en la aplicación de la pena; es decir, permite legitimar la reducción o el levantamiento de la pena de un individuo exclusivamente en función de la expectativa de sanción a terceros. El utilitarismo es la única corriente teórica capaz de explicar o aceptar este sistema de compensaciones, que prescinde del individuo como fin del derecho penal y permite la transferencia de la pena en términos interpersonales.

Esto puede verificarse en dos dimensiones: en primer lugar, cuando la delación incrementa la expectativa de que una pena futura recaiga sobre un mayor número de infractores, lo que representa una ganancia cuantitativa; en segundo lugar, cuando la delación permite alcanzar a los delincuentes más relevantes, como indica la locución de

la legislación colombiana en la “Política Criminal del Estado”, lo que supone una ganancia cualitativa.

En otras palabras, el utilitarismo explica la interpersonalidad de la pena y su transferencia desde el delator hacia otros individuos, pero no la legitima. Para abordar esta legitimación —que será analizada en el capítulo 08—, es necesario examinar otros aspectos vinculados a la punición. Uno de ellos será determinar si la interpersonalidad implícita en la delación puede encajar dentro de las funciones tradicionales de la pena, cuestión que se abordará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 03: DELACIÓN Y FUNCIÓN DE LA PENA

3.1 Introducción

Entre los diversos aspectos controvertidos en la definición y, especialmente, en los efectos de la delación premiada, hay un punto de inflexión: supone una reducción o anulación de la sanción penal correspondiente al delator. Dado que el presente estudio tiene como objetivo explicar la delación y, en particular, construir un marco legitimado para su aplicación, resulta esencial adoptar una postura sobre la función de la pena.

En Iberoamérica, las taxonomías sobre la utilidad y el propósito de la pena están consolidadas, aunque los autores asignen distinto valor a cada una de ellas. Sin embargo, la concesión de beneficios al delincuente-delator puede implicar un cambio, si no en la naturaleza de la pena, al menos en el equilibrio entre sus finalidades o en la perspectiva desde la que se la analiza⁴⁵².

Solo mediante la revisión de la finalidad de la pena es posible avanzar en la resolución de dos interrogantes fundamentales: (1) En primer lugar, si es viable legitimar la *interpersonalidad* de la pena, es decir, su transferencia desde el delator hacia los delatados, conforme al postulado utilitarista. Esto implicaría, como se ha mencionado anteriormente, que el propósito de la pena pueda extenderse más allá del individuo culpable; (2) en segundo lugar, y como cuestión específica de este capítulo, si la delación premiada posee una **finalidad autónoma**, distinta tanto de la pena reducida al delator como de la pena transferida a los delatados en función de la información proporcionada

⁴⁵² Cabe destacar que, en este contexto, lo que se preserva es la finalidad de la pena, no la pena en sí misma. La idea de que la sanción impuesta al delatado no excede su propia culpabilidad y, por lo tanto, se circunscribe exclusivamente a la persona del infractor, no resulta suficiente para justificar el planteamiento expuesto. La cuestión central radica en que la pena del delator se reduce con un propósito específico: obtener ganancias, ya sean cuantitativas o cualitativas, en la imposición de la pena a los delatados.

por el primero. No obstante, la respuesta a esta interrogante podría depender de desarrollos posteriores en capítulos subsiguientes.

A continuación, se presenta una revisión de la finalidad de la pena, la cual ha sido objeto de análisis en otros estudios previos, procurando mantener el enfoque en aquellos elementos que inciden directamente en el tema tratado y explorando referencias más pertinentes para la comprensión del fenómeno de la delación.

3.2 Función de la pena: teorías absolutas

Diversas disciplinas dentro de las ciencias humanas reconocen que los individuos en sociedades primitivas estaban fuertemente vinculados a sus pequeños grupos comunitarios, dado que esta estrecha integración era una condición esencial para la protección frente a diversos peligros. Este vínculo entre el individuo y la comunidad se reflejaba en la organización jurídica primitiva⁴⁵³. De hecho, la pertenencia a un mismo linaje garantizaba una protección recíproca entre los miembros del grupo. La transgresión exigía un castigo. Más aún, cuando la ofensa involucraba lazos de sangre, se imponía la venganza de sangre, la cual tenía un carácter simbólico al deshacer, en términos rituales, los actos del infractor, ya fuera mediante su destrucción o su destierro. La venganza constituía, en este sentido, la materialización de la represalia⁴⁵⁴.

La teoría absoluta de la pena -según la cual la sanción debe compensar, o más bien devolver, el daño causado por el delito- tiene una "dignidad y una corrección histórica indiscutibles"⁴⁵⁵. De hecho, la teoría absoluta o retributiva describe el desarrollo histórico de la pena en la medida en que el curso cultural de la civilización desconecta la pena estatal de la venganza privada, es decir, el derecho a la retribución pasa a manos de una

⁴⁵³ Cf. MALINOWSKI, B. *Crime and custom in savage society: An anthropological study of savagery*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1940, p. 10 e ss.

⁴⁵⁴ MARQUES, O. H. D. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 9-11. PESSAGNO, R. G.; BERNARDI, H. *Temas de Historia Penal*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953, p. 15. Acerca da evolução história das punições, ver: HIBBERT, C. *The roots of evil: A social history of crime and punishment*. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2003. DÍAZ CORTÉS, L. M.. Algunas consideraciones sobre el castigo. Una perspectiva desde la sociología. *Derecho Penal y Criminología*, v. 28, n. 83, 2007.

⁴⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

autoridad pública neutral, que debe proceder de acuerdo con reglas formales, creando así la paz social, aunque rudimentaria⁴⁵⁶.

El retribucionismo es una teoría de la pena según la cual el castigo se justifica en función del merecimiento del delincuente. En esta concepción, la sanción impuesta al culpable constituye un bien intrínseco y no meramente instrumental⁴⁵⁷. Desde la perspectiva retribucionista, el valor del castigo no está vinculado a sus consecuencias futuras, como la prevención del delito o el mantenimiento de la cohesión social; su legitimidad se fundamenta exclusivamente en el merecimiento negativo del infractor. En otras palabras, la responsabilidad moral y el merecimiento no solo constituyen una condición necesaria para el castigo, sino que son, en sí mismos, una justificación suficiente para su aplicación. Esta suficiencia otorga a la sociedad el derecho a sancionar a los culpables y, si se concibe el retribucionismo como una teoría social, también impone el deber colectivo de castigar a cada individuo conforme a su responsabilidad moral⁴⁵⁸.

Al igual que el utilitarismo, el retribucionismo ha evolucionado, de modo que no puede ser tratado, como planteaban los iluministas, simplemente como un renacimiento de la venganza. Michael Moore, uno de los principales defensores contemporáneos del retribucionismo, enfatiza que esta teoría no implica necesariamente la aceptación de la *lex talionis*. Si bien es cierto, señala el autor, que el retribucionismo debe abordar en algún momento cuestiones como "cuánto" y "cómo" castigar, también lo es que la teoría no rechaza el principio de que la sanción debe ser proporcional al merecimiento del delincuente. Sin embargo, la cuestión fundamental del retribucionismo es anterior a cualquiera de estas discusiones: se trata de la justificación del castigo en función del mérito negativo. Desde esta perspectiva, el debate sobre la determinación de la pena — "cuánto" y "cómo" castigar— solo puede plantearse después de responder a la pregunta fundamental sobre la necesidad de la sanción⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte general* -Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Véase también: OLIVEIRA, A. S. S. de. *A vítima e o direito penal: Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 19 e ss. BITTENCOURT, E. de M. *Vítima*. 2. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1978, p. 23 e ss. SILVA SANCHEZ, J.-M. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, 2001, p. 164.

⁴⁵⁷ MOORE, M. Closet Retributivism. In: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 87-88.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 91.

⁴⁵⁹ MOORE, M. Closet Retributivism, *cit.*, p. 88.

En la contemporaneidad, el retribucionismo ha resurgido como parte del pensamiento conservador, ya que la noción de que el individuo debe necesariamente compensar el mal que surge en él mismo parece estar vinculada a una concepción de culpabilidad de carácter medieval. A esto se suma su conexión con lo que hoy podría considerarse una teoría liberal-individual, es decir, una perspectiva que excluye la instrumentalización de la pena con fines sociales. Desde esta óptica, el razonamiento que sustenta la pena retributiva podría calificarse de reduccionista y retrógrado si no fuera por la construcción teórica crítica de **Immanuel Kant**, quien, como es sabido, llevó el retribucionismo a niveles nunca antes alcanzados.

3.2.1 Retribucionismo en Kant

Con sus primeros pasos filosóficos bajo influencia del pensamiento cartesiano y también sob los estímulos de los escritos filosóficos-matemáticos de Leibniz, Immanuel Kant trató en profundidad temas como el reproche personal y social, la culpabilidad y la fundamentación de la pena.

En aras de la coherencia metodológica, es necesario precisar que las diversas reinterpretaciones y aplicaciones de Kant en las teorías penales, por paradójico que parezca, no guardan una relación estrecha con el objeto de este análisis. Esto se debe a que pueden identificarse diferencias entre la postura original de Kant sobre la necesidad de la pena y las nuevas lecturas surgidas a partir de otros movimientos filosóficos que reinterpretan sus planteamientos, en ocasiones de manera imprecisa. Por esta razón, destacados intérpretes kantianos han señalado acertadamente la necesidad de distinguir tres momentos relevantes para este estudio: Kant como iniciador del idealismo alemán, Kant revisitado por el llamado Neokantismo y Kant en la filosofía contemporánea. Como premisa para comprenderse cómo el autor puede ser reinventado por sus propios sucesores cercanos en el idealismo alemán (Fichte, Schelling y Hegel), hay que señalar que el ciudadano de Königsberg no llegó a organizar un cuerpo teórico cerrado⁴⁶⁰, pero

⁴⁶⁰ Soler prefiere decir que “no se proponía, como ocurre con otros pensadores, a descubrir cosas nuevas, sino fundar los conocimientos existentes”y, en relación con la ley, “muestra algo que nadie se había parado a analizar con suficiente detalle”, refiriéndose a la diferencia entre el ser y el deber ser, “al mundo natural o fenoménico y al mundo de la ética”. SOLER, S. *Fe en el Derecho*. Buenos Aires: Topográfica Editora Argentina, 1956, p. 77.

sí fue el gran sistematizador y organizador de toda la filosofía que le precedió. Los títulos de sus obras más destacadas denotan esas pretensiones: son *críticas*, es decir, enmarcan una ruptura con los parámetros filosóficos establecidos, sin imponer necesariamente un cuerpo único a seguir. Así, Kant destruye el pensamiento ontológico anterior a su época, con la promesa⁴⁶¹ de reemplazarlo con su nueva lógica. Aun así, es esta falta de conclusión positiva de su obra lo que permitió que su primera fase de relectura, el propio idealismo alemán, fuera una escuela que se confiesa interpretación y creación del pensamiento kantiano, hasta el punto de que, como es conocido, Fichte afirmaba haber comprendido a Kant mejor que él mismo. El pensamiento de Hegel, que se analizará con cierto detalle más adelante, es el mejor ejemplo de este intento de conclusión y cierre sistemático del pensamiento idealista alemán, aunque por caminos divergentes.

Del mismo modo, años más tarde, las teorías de Kant fueron revisitadas, solo para que el positivismo se aprovechara de ellas. Aquí es donde el objetivo de esta introducción se hace más apremiante, porque, en gran medida, las ideas metafísicas kantianas serán utilizadas en las páginas siguientes: el positivismo del neokantismo que tanto se critica no es el propio kantismo. Con razón, no faltan autores que han identificado el neokantismo como una mala interpretación, desde un punto de vista positivista, de la construcción filosófica idealista alemana. La relectura habría cometido errores evidentes, como el desprecio total por la metafísica y una tendencia hacia las ciencias positivas, muy alejada del contexto del autor de Königsberg. Filósofos como Hermann Cohen y, sobre todo, Paul Natorp son señalados como los principales artífices de este comprometido punto de vista, que tanta influencia ha tenido en el Derecho. El desencuentro entre Kant y el neokantismo, identificándose este último más con las teorías positivistas que con otras, es, de hecho, el punto de partida del pensamiento finalista de Welzel, como es bien sabido⁴⁶².

⁴⁶¹ La observación procede de Marías: “Mas ocorre, além disso, que Kant não chega a construir um sistema, a possuir plenamente seu sistema; basta observar os títulos de suas obras fundamentais: são **Críticas**, algo por meio do qual impõe certos limites à razão e delimita seus objetos. No entanto, parece que, após essas críticas, deveria vir sua doutrina positiva, e esta não vem.” MARÍAS, J. *História da Filosofia*. 7. ed. Porto: Edições Souza e Almeida, [s/d], p. 288.

⁴⁶² “La razón más profunda del fracaso de la filosofía del derecho neokantiana no se encuentra en el formalismo, en el relativismo o en el historicismo de su ‘medida’ ideal, sino en el mantenimiento y consolidación del concepto positivista del Derecho”. WELZEL, H. *Introducción a la filosofía del derecho*. Traducción: Felipe González Vincen. Madri: Aguilar, 1974, p. 199.

Esta es, por cierto, la lectura que queremos reiterar aquí, porque entendemos que el texto literal de Kant deja claro repetidamente que las ciencias dependen de elementos no disponibles para la razón empírica, apriorísticos⁴⁶³, que sólo pueden ser conjeturados.

Aquí resulta que el posible error en el entendimiento de la teoría absoluta de la pena en Kant está en la ausencia del *Globalverstand* de su concepción sobre la moral y el entendimiento. Esto significa que postular sencillamente que la pena deriva de un contrato social (su dimensión liberal) y que es impositiva como un imperativo categórico —como una simple reacción física de la misma intensidad y en sentido inverso al mal causado— puede ser acertado, pero insuficientemente razonado en el derecho penal de hoy.

Si bien es cierto que el rasgo más importante de la pena en Kant es su no-relativización, esta es una lectura *ex post* que no acompaña la evolución de su interpretación sobre la dinámica preexistente de la razón, la fundamentación de las ciencias empíricas y, especialmente, de la lógica y, posteriormente, de la metafísica.

La aproximación al universo kantiano parte de la deconstrucción presente en sus críticas, para luego avanzar hacia su visión liberal de la política, fundamentada en el deber moral. Libertad y responsabilidad, en exacta correspondencia, son la clave de esa comprensión. Por ello, en esa relevante contraposición al utilitarismo, nos detenemos en el análisis de la evolución metafísica de la responsabilidad. En un segundo momento, como consecuencia más directa, surge la pena como imperativo.

El pensamiento de Kant no es una continuación de la noción de responsabilidad moral por el hecho, presente, por ejemplo, en los moralistas de la Edad Media. El llamado giro copernicano de Kant radica en la constatación de que el pensamiento, que pone fin al caos de las sensaciones, crea las cosas, en lugar de limitarse a percibirlas, interpretando la cosa misma, que no puede ser efectivamente conocida. Por eso, en definitiva, el conocimiento es la clave de esta filosofía, que rechaza el ontologismo (la cosa en sí) y pasa a comprender la realidad como fenómeno situado en el tiempo y el espacio, del que trascienden las cualidades del ser mismo. La aprehensión y el conocimiento de este ser trascendental, que aparece a través de las cosas situadas en el tiempo y el espacio, es la

⁴⁶³ Es ahí que Leibniz es esencial, como se ha fijado en tesis sobre Libre Albedrío del presente autor, aquí ya referida.

principal propuesta de Kant en relación con una teoría del conocimiento, la cual se perfila y completa en sus críticas.

La construcción que hace Kant de la existencia de la razón pura, es decir, apriorística e independiente de la experiencia, es, por tanto, ampliamente reconocida, como también lo es su distinción entre *juicios analíticos* (en los que todas las determinaciones del sujeto están contenidas en su propia noción) y *juicios sintéticos*, que se añaden, unen y complementan al concepto del sujeto. A partir de aquí, Kant construye la posibilidad de la existencia de *juicios sintéticos a priori*⁴⁶⁴, que son independientes de la experiencia por ser apriorísticos, pero que deben, para existir, añadirse a un concepto principal en sí mismo, que descansa en el propio sujeto. A partir de este tipo de juicios se construyen conocimientos sintético-apriorísticos, seguros, como la física y las matemáticas. Y la metafísica. A través de la metafísica apriorística, Kant supone la existencia de un hombre determinado por el mundo de la naturaleza - un *yo empírico*- y, por otro lado, conducido por su racionalidad, la llamada razón pura práctica (*reine praktische Vernunft*).

Es la *reine praktische Vernunft* que se encuentran la moral y la reprobación. Quizá por ello Arendt, con su influencia existencialista, establece que es en la razón práctica donde descansa el centro de la comprensión kantiana de la moral hombre⁴⁶⁵ en el establecimiento de juicios.

Para explicar el camino por donde va el idealismo de Kant para alcanzar, al final, la obligatoriedad ética de la pena, hay que pasar por su concepción de la razón práctica. Así, el camino para comprender la concepción Kantiana de la pena es, a principio,

⁴⁶⁴ Así, Kant: “A analítica da razão pura prática (*die Analytik der reinen theoretischen Vernunft*) tratava da compreensão-conhecimento de objetos que poderiam ser dados ao entendimento (*Gegenstände, die dem Verstande gegeben werden mögen*), e assim teriam que começar com o conceito (*Anschauung*), e daí com a sensação (*Sinnlichkeit*) ... Ao contrário, porque a razão prática não trata dos objetos para os conhecer, senão de sua capacidade (*Vermögen*) para os realizar de fato, mais se aproximam de uma Vontade, que é uma causalidade, enquanto a razão contém seu fundamento (so fern Vernunft den Bestimmungsgrund derselber enthalt)”. KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 1961, p. 133.

⁴⁶⁵ Quizá por ello Arendt, con su influencia existencialista, establece que es en la razón práctica donde descansa el centro de la comprensión kantiana de la moral hombre: en el establecimiento de juicios. En cuanto al filósofo, el autor afirma que “the statement that ‘pure reason can be practical is the chief thesis of the Kantian moral philosophy is perfectly right. Kant’s Will is neither freedom of choice (*liberum arbitrium*) nor its own cause; for Kant, sheer spontaneity, which he often called ‘absolute spontaneity’, exists only in thinking. Kant’s Will is delegated by reason to be its executive organ in all matters of conduct”. ARENDT, H. *The Life of Mind*. one-volume edition. Nova Iorque: Harcourt Brace & Company, 1978, p. 149. Para Kant, la auténtica espontaneidad, que a menudo denominó “espontaneidad absoluta”, sólo subsiste en el pensamiento. La Voluntad (Will) de Kant es delegada por la razón para ser su órgano ejecutivo en todas las cuestiones de conducta (traducción libre).

reconocer el sistema de responsabilidad del individuo, la forma como él alcanza la ley y, eventualmente, su transgresión. Eso está específicamente en la *Kritik der praktischen Vernunft*⁴⁶⁶. Luego, en su *Metafísica de los sentidos*, el autor justificará la aplicación de la necesidad de una pena no utilitaria.

En la segunda mitad de esta Crítica, el filósofo explica que la razón pura práctica debe basarse en principios fundamentales, que son morales, y que podrían establecerse con suficiente certeza a partir de un entendimiento común de la humanidad⁴⁶⁷ (*gemeine Menschverstand*), y se da a conocer a través de un sentimiento de alegría o dolor (*Gefühl des Vergnügens oder Schmerzens*). Sin embargo, dice el filósofo, la obediencia a estos principios no puede ser exigida por el puro sentimiento, sino por la razón, que los señala. Así es como Kant demuestra incisivamente, o al menos propone, que no hay obediencia a ninguna ley que no sea una ley de la razón. En consecuencia, presentar la ley moral racionalmente aleja al hombre de cualquier pensamiento meramente utilitario (*Vorteil*) para encontrar la verdad (*Wahrhaftigkeit*). En definitiva, esto no significa necesariamente que el hombre renuncie a cualquier pretensión de felicidad, sino que, ante el deber racional, no tiene la felicidad como consideración principal⁴⁶⁸.

Dada la comprensión racional de la ley moral (pura razón práctica), hay que desvelar si el hombre es siempre capaz de obedecerla. Desde otra perspectiva, esto implica saber si es efectivamente capaz de *ejercer su racionalidad*, guiando su voluntad por la ley moral. Es en este punto donde es importante darse cuenta, ya desde la mera lectura de la obra de Kant, de que el filósofo no es ajeno a las contingencias de las determinaciones naturales del ser humano, pero es necesario diferenciarlas. En principio, Kant acepta las reglas psicológicas, pero rechaza a quienes creen poder demostrar empíricamente la libertad humana. Esta libertad de decisión no puede ser explicada por las reglas exclusivas de las ciencias empíricas, lo que supondría, para él, una reducción,

⁴⁶⁶ Aquí se han utilizado algunas traducciones del texto alemán que pueden encontrarse en internet, pero siempre en contraste con el original alemán, que será citado.

⁴⁶⁷ “(...) mit genügsamer Sicherheit, durch bloße Befurung auf das Urteil des gemeinen Menschenverstandes geführt werden”. KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 1961, p. 135.

⁴⁶⁸ “und die reine praktische Vernunft will nicht, man solle die Ansprüche auf Glückseligkeit aufgeben, sondern nur, so bald von Pflicht die Rede ist, darauf gar nicht Rücksicht nehmen. KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 138.

una simplificación⁴⁶⁹, que acabaría por eliminar la idea misma de ley moral, que es un postulado racional pero no necesariamente empírico.

Para ocuparse de la causalidad natural, contrapunto evidente de la libertad, Kant establece el determinismo como premisa de los fenómenos dentro del tiempo y del espacio. En otras palabras, hay que diferenciar entre la causalidad de las cosas en el espacio y en el tiempo (*die Existenz der Dinge, so fern sie in der Zeit bestimmbar sind*⁴⁷⁰), y la de las cosas en sí mismas; las primeras, los fenómenos situados en el tiempo, son, en sus palabras, contradictorias con la libertad⁴⁷¹. Al fin y al cabo, todo acontecimiento (*Begebenheit*) está situado en el tiempo y, por tanto, *está necesariamente condicionado por lo ocurrido en el tiempo anterior*. No se puede escapar, en el espacio y en el tiempo, a esta cadena natural (*Naturkette*), lo que significa que la causalidad nunca es libertad. Para comprender la libertad, es necesario pues abandonar esta primera idea de la cadena causal, de la cosa-fenómeno (*Erscheinung*) para llegar a la cosa en sí (*Dinge an sich selbst*)⁴⁷². Se pregunta, muy cerca de los conceptos que aún se discuten sobre la culpabilidad, cómo se puede entonces reprochar a alguien que ha cometido un robo, si y cuando se supone que existe una relación necesaria, por los fundamentos, determinantes, que le preceden en el tiempo. Kant no oculta que el hombre no domina el momento presente porque está ligado a las condiciones del pasado inmediato, pero sigue sin querer suponer que el sujeto es una materielle *Maschine* o *automata materiale*. Tampoco, como se ha visto, quiere postular que el individuo se convierte en *un automata spirituale*, lo que afirma refiriéndose explícitamente a Leibniz.

A fin de solucionar esta proposición, el filósofo retoma la división entre cosa y fenómeno para referirse al sujeto que, a pesar de ser un fenómeno temporal, tiene conciencia de sí mismo como cosa en sí, y que, como ser racional, se percibe a sí mismo como no sujeto a leyes temporales, sino como determinable sólo por leyes que él mismo se otorga a través de la razón⁴⁷³. Debido a esta percepción de sí mismo al margen de los determinantes temporales, "el ser racional puede decir con razón de toda acción realizada

⁴⁶⁹ P. ej.: "So wird es nötig sein, hier noch etwas zur Verwahrung wider dieses Blendwerk, und der Darstellung des Empirismus in der ganzen Blöße seiner Seichtigkeit anzuführen". KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 139.

⁴⁷⁰ *Idem*, p. 140.

⁴⁷¹ *Idem*, p. 160.

⁴⁷² Evidentemente esta división está influenciada por Leibniz, lo que Kant no negará, pero explicará las diferencias.

⁴⁷³ "...durch Gesetze, die es sich durch Vernunft selbst gibt", KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 147.

contra la ley que podría no haberla cometido, aunque esta acción, como fenómeno⁴⁷⁴, esté determinada por el pasado" y, como tal, sea inevitablemente necesaria⁴⁷⁵.

Aquí es donde entra en juego la conciencia (*Gewissen*) del hombre: como resultado de su racionalidad. Consciente de poder decidir como ajeno al fenómeno temporal, es decir, haciendo uso de su libertad, la razón-conciencia señala al hombre que, aunque haya sido arrastrado por la corriente de circunstancias que se superponen en el tiempo, siempre se acusará a sí mismo como persona libre cuando decida. Así, el individuo se acusa a sí mismo como responsable de lo que hace y, como se va a comentar en seguida, ello es suficiente para que encuentre, para decirlo en términos actuales, la legitimidad en la pena.

Así resuelve Kant la antigua dualidad presente desde Tomás de Aquino, en la coexistencia de la libertad con las causas naturales⁴⁷⁶. En esta dicotomía, parece importante advertirlo, subsisten íntegros tanto el fenómeno temporal, que es causal-fatalista, como el hombre como cosa en sí (trascendente, según lo considerado al principio), que se rige por su libertad absoluta. Kant insiste tanto en este principio que llega a considerar las versiones más radicales del fatalismo⁴⁷⁷ y, con extrema lucidez para su época, afirma que si pudiéramos comprender todos los elementos, internos y externos,

⁴⁷⁴ "Als Erscheinung, in dem Vergangenen hinreichen bestimmt, und so fern unausbleiblich notwendig ist, mit Recht sagen, daß er sie hätte unterlassen können", KANT, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 148.

⁴⁷⁵ La existencia de la Naturkette y de esa condición de necesidad para la decisión humana es esencial para nuestra concepción final del sentido de la pena, con lo cual no se trata de una revisita o una reseña pura de la obra de Kant.

⁴⁷⁶ García Morente, gran especialista en la obra del filósofo alemán, explica que nuestra personalidad total es la confluencia de dos focos: uno es el sujeto cognoscente, que se expande sobre la naturaleza con sus leyes, "mas ao mesmo tempo esse mesmo eu, que quando conhece se põe a si mesmo como sujeito cognoscente, esse mesmo eu é também consciência moral, e sobrepõe a todo esse espetáculo da Natureza, sujeita às leis naturais de causalidade, uma atitude estimativa, valorizadora, que se refere a si mesmo, não como sujeito cognoscente, mas como ativo, como agente". GARCÍA MORENTE, M. *Fundamentos de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1967, p. 262.

⁴⁷⁷ Aquí se refiere a Joseph Priestley, describiéndolo como un fatalista coherente y honesto ("wie Priestley, als ein echter, konsequent verfahrenender Fatalist", p. 148). Priestley fue un importante autor que vinculó las ciencias naturales, que también conocía, con la teología, decantándose expresamente por el determinismo. Véase, por ejemplo, un fragmento de su *Doctrine of necessity*, en respuesta a Dr. Price. "If self-motion, or self-determination, properly so called, be essential to liberty, I must deny that man is possessed of it; and if this, and nothing else, must be called 'agency', I must deny that, in this sense, man is an agent; because every human volition is invariably directed by the circumstances in which a man is, and what we call motives. It appear to me that we have no more reason, than fact and observation, to conclude that a man can move himself, that is, that he can will without motives, than that a stone can move itself. And if the will is as invariably influenced by motives as the stone by gravity it may just as well be said that the stone moves itself, though always according to the laws of gravity, as the will, or the mind, move itself though always according to the motives" PRIESTLEY, J. *A free discussion of the doctrines of materialism and Philosophical Necessity, in a Correspondence between Dr. Price, and Dr. Priestley*. London: J. Johnson and T. Cadell, 1778, p. 146 (fac-simile on line na plataforma Gale Learning).

que motivan la acción humana, podríamos calcular el comportamiento futuro del individuo "con la misma certeza que un eclipse solar y lunar". Y sin embargo, dice textualmente el filósofo, el hombre es libre. Sin querer adoptar una posición enteramente kantiana, es necesario subrayar que esta asunción de la realidad determinista puede no haber sido leída por algunos detractores del filósofo⁴⁷⁸.

Ahora bien, existe el hombre como idea, porque, en sus palabras, la idealidad del tiempo no es más que una forma de intuición sensible⁴⁷⁹, y es, por tanto, una representación del sujeto (fenómeno) como parte del mundo de los sentidos. Como cosa en sí, sigue siendo libre, y sólo este supuesto nos impide caer en la espiral determinista de Spinoza, que Kant critica porque implica reconocer al ser humano como títere de un Amo Supremo⁴⁸⁰.

Por tanto, la división del hombre como cosa en sí y como idea en el tiempo es la clave de la solución para la extrema libertad que Kant impone al individuo, ya como imperativo categórico. No es difícil imaginar que la principal crítica que se le puede hacer en este punto es que se apoya demasiado en la metafísica, imaginando y no probando un ser en sí que se compone como una cosa trascendente alejada del tiempo y del espacio, que sólo sirve para un momento de sensación condicionado por reglas naturales. También aquí se pierde un poco el papel de la conciencia, porque acusa al hombre de sus propios errores, pero no sirve de base para la demostración total de la libertad. A estas críticas - que tienen su parte de razón- hay que añadir algunas consideraciones sobre su obra en general. Empecemos por recordar que Kant considera la existencia del determinismo y no lo ignora. Pero se aparta de él de un modo muy incisivo, creando un ser no fenoménico del que le interesa saber más. Así que la pregunta sigue siendo: ¿por qué Kant hace esto? No lo hace simplemente para, como él dice, buscar la afirmación de la libertad, sino *porque el mundo ontológico le interesa poco*⁴⁸¹. Su filosofía no se basa en qué es el

⁴⁷⁸ Entre ellos, Pedro Lessa, en su: LESSA, P. *O determinismo psíquico e a Imputabilidade e Responsabilidade Criminaes*. São Paulo: Tipographia Duprat & Cia, p. 17.

⁴⁷⁹ "die Voraussetzung der Idealität der Zeit, al bloßer Form sinnlicher Anschauung", KANT, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 148.

⁴⁸⁰ "Der Mensch wäre Marionette, oder ein Vaucansonches Automat, gezimmert und aufgezogen von dem obersten Master aller Kunstwerke", KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 120. Es interesante que aludiera a los autómatas de Vaucanson, que acabaron inspirando a varios mecanicistas, como aclara la nota a pie de página de la edición mexicana.

⁴⁸¹ Muy al revés, como se verá en otro momento, de B. Russell, que intentará negar el idealismo, aunque mucho valore el lenguaje.

mundo⁴⁸², sino en cómo conocerlo. Cómo conocerlo sin equivocarse, y éste es el elemento clave de su primera *Crítica*. Es en este contexto donde creemos que puede dilucidarse mejor la concepción kantiana: pensamiento centrado en el modo de entender y no exactamente en el mundo en sí, de modo que su influencia sobre lo que hay que probar acerca del universo es de menor relevancia. Fue con Kant cuando comenzó -o al menos se radicalizó mucho - la preocupación por el método de comprender el mundo, de conocerlo, más que por su existencia en sí.

Esta forma de entender se aproxima a lo que es hoy el derecho penal. En otras palabras, construir una teoría o apuntes para una teoría que expliquen cómo entiende el hombre el mundo y no necesariamente cómo funciona el mundo y el papel del ser humano en él es el fundamento de la comprensión penal. Comenzando por Locke, Humme, pero sobre todo el idealismo de Kant y sus seguidores, elementos como la percepción y la razón escapan al vínculo con el sentido necesario del mundo, la voluntad de Dios, el futuro y el papel de la humanidad, entre muchos otros.

La base de la filosofía kantiana es la primacía de la razón práctica sobre la razón pura, y la razón práctica, como nos recuerda Arendt, es la *ética*. En este sentido, la ética es siempre deber-ser y, si predomina sobre la razón pura, predomina sobre el ser. Aquí se está, en resumidas cuentas, en lo que fundamenta la visión kantiana de la pena retributiva: una elección libre basada en principios éticos que se identifican, y que tienen origen metafísico. A partir de ahí, la reacción de la pena, a pesar de anclada en un poder estatal, por un contrato social, es obligatoria y basada en el hecho pasado, sin proyección para el futuro.

En el presente texto se sostiene que el error de los intérpretes de Kant está en el reduccionismo de no comenzar a comprender su teoría a partir de la justificación metafísica. Es a partir de ella que se puede justificar su posición, por decirlo de algún modo, radical ante la necesidad de la pena. La pena se justifica como retribución necesaria. Ello se puede comprender, claro, en su *Grundwerk* de la metafísica de las costumbres, pero, antes, en su *Crítica de la Razón Práctica*, en un camino de deconstrucción-construcción que hay que entender.

⁴⁸² Ortega bien coloca: “Kant no se pregunta qué es o cuál es la realidad, qué son las cosas, qué es el mundo. Se pregunta, por el contrario, cómo es posible el conocimiento de la realidad, de las cosas, del mundo”. ORTEGA Y GASSET, J. *Kant*. Madrid: Revista de Occidente, 1936, p. 83.

La concepción del imperativo categórico va a aparecer en su *Grundwerk*, y, luego, de modo más resumido pero más asertivo, en la *metafísica de las costumbres*⁴⁸³. En esa obra, Kant eleva su idea de percepción moral razonada del individuo a su principio liberal, en el sentido de que admite las teorías contractualistas como justificantes del Estado. Cuando ya fundamentada la virtud de la filosofía Kantiana a partir de la libertad del individuo⁴⁸⁴, sumada a una idea contractualista de que el hombre deja el estado de naturaleza para un estado de sociedad, renunciando a una violencia propia⁴⁸⁵.

Kant es muy claro en decir que la pena judicial “no puede servir para formentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo *porque ha delinquido*”. Y añade que “el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro”. Así, la ley existe porque es un imperativo categórico. Y el principio que tiene de ser utilizado para la pena es el *principio de la igualdad*, con lo cual, en sus palabras, “solo la ley de talión (*ius taliones*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad del castigo”. Y, en su más conocida comparación, “aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera digregarse y diseminarse por tdo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merencen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo”.

⁴⁸³ El *Grundwerk der Morals*, de 1785, obra en dos volúmenes, donde se entiende mejor la creación del imperativo categórico (categorical imperative). La *Metafísica de las costumbres* es de más de una década después (1797), con sus asertivas más conocidas acerca de la obligatoriedad de la pena, especialmente en sus párrafos 47 y siguientes.

⁴⁸⁴ Su *Metafísica de las costumbres* empieza con la revisión de una doctrina de virtudes.

⁴⁸⁵ El vínculo del contractualismo está en Kant muy claro en el § 42 de su *Metafísica de las Costumbres*: “A condition thas is not rightful, that is, a condition in which there isa a no distributive justice, is called a state of nature (*status naturalis*). What is opposed to a state of nature is not (as Achenwall thinks) a condition that is *social* and that could be called an artificial condition (*status artificialis*), but rather the *civil* condition (*status civilis*), that of a society subject to distributive justice. For in the state of nature, too, there can be societies compatible with rights (e.g., conjugal, paternal, domestic societies in general, as well as many others); but no law, “You ought to enter this condition,” holds a priori for these societies, whereas it can be said of a *rightful* condition that all men who could (even involuntarily) come into relations of rights with one another *ought* to enter this condition” (p. 121. En el § 43, Kant empieza a explicar las condiciones del derecho público, en que vuelve a su fundamento contractualista, de modo más específico: “it has to resolve upon is the principle that it must leave the state of nature, in which each follows its own judgment, unite itself with all others (with which it cannot avoid interacting), subject itself to a public lawful external coercion, and so enter into a condition in which what is to be recognized as belonging to it is determined *by law* and is allotted to it by adequate *power* (not its own but an external power); that is to say, it ought above all else to enter a civil condition. KANT, I. *The metaphysics of morals*. Traducción: Mary Gregor. New York: Cambridge University Press, 1797, p. 124.

La parábola o metáfora de la isla de Kant es extremadamente conocida, porque bien ilustra lo que quiere decir con la pena como imperativo categórico. Pero hay que darse cuenta de que, en el paso de las décadas y siglos desde sus escritos, el argumento más fuerte de su concepción retribucionista, incluso anticipando construcciones más modernas, es la **no-instrumentalización** del individuo. En este sentido, como alguna vez ya se ha destacado⁴⁸⁶, el ejemplo más representativo es el del intento de acuerdo con el Tribunal. Dice Kant que un criminal fue condenado a muerte. Los médicos, sin embargo, que necesitaban probar un procedimiento arriesgado, le proponen al Tribunal que cambie la ejecución del condenado por su sometimiento a la prueba. Es decir, según los términos del acuerdo, el condenado no sufre directamente la ejecución de la pena de muerte, sino que se somete al arriesgado experimento médico. De morir durante esas pruebas, no cambiarían sus perspectivas; si sobreviviera, el condenado recuperaría el derecho a la vida, y a partir de eso toda la humanidad ganaría con un saber científico útil. ¿El Tribunal debe aceptar la propuesta? KANT es tajante al responder: el Tribunal recusaría, con escarnio (*Verachtung*), porque “la justicia deja de ser ella misma cuando se vende por cualquier precio”⁴⁸⁷.

La idea de que no haya precio que se pueda imponer a una pena como imperativo categórico no es una intransigencia por sí misma⁴⁸⁸, sino la consecuencia de aquella que tal vez es la más completa relectura filosófica jamás superada⁴⁸⁹. Si el neokantismo lo transporta a un positivismo ya trasnochado (en términos jurídicos) en su revitalización, o si la dinámica social no logra poner en práctica su concepción crítica, es otro tema. La necesidad de imposición de dinamismos y de relativizaciones para la aplicación del derecho como un todo transforman el imperativo categórico en un elemento inalcanzable, si no utópico, pero jamás despreciable como razonamiento: cualquier pena, cuando se aplica con finalidades distintas del propio merecimiento del individuo, es una pena utilitaria. Si esa crítica no es suficiente para imponerse en absoluto, al menos debe reconocerse que todos aquellos que proponen una pena proyectada a efectos futuros —aunque a precio de su coherencia sistémica—, anclada en una culpabilidad como reproche

⁴⁸⁶ Véase nuestro RODRIGUEZ, V.G. *Delación Premiada: Límites éticos al Estado*. Bogotá: Temis, 2019.

⁴⁸⁷ § 49 de *Metafísica de las costumbres*: “Ein Gerichtshof würde das medizinische Collegium, das diesen Vorschlag täte, mit Verachtung abweisen; denn die Gerechtigkeit hört auf, eine zu sein, wenn sie sich für irgend einen Preis weggibt”. KANT, I. *Metaphysik der Sitten*. Version disponible íntegra en: zeno.org.

⁴⁸⁸ El absolutismo de la ‘brújula moral’ de Kant, como decía la crítica de Welzel.

⁴⁸⁹ Refuerzo las palabras de Marías: “Kant no pudo *realizar* su metafísica, que solo quedó esbozada, porque su vida entera estuvo ocupada por la previa faena crítica”. MARÍAS, J. *Historia...*, p. 287.

moral de alguien que deseó contravenir la norma, están atendiendo al imperativo categórico de Kant⁴⁹⁰.

Tal vez por ello, haya que estar de acuerdo con Ortega, para quien “el mundo intelectual está lleno de gentiles hombres burgueses que son kantianos sin saberlo”⁴⁹¹. Si no es posible adoptar el imperativo categórico kantiano en la práctica, su contribución para un derecho penal que no haga el individuo instrumento del Estado, para incidir su moral o su poder en la sociedad o en él mismo es inequívoca.

De momento, nos basta concluir, sobre Kant, que el fundamento de la pena se basa en un imperativo categórico, a su vez derivado de la capacidad del individuo de elegir su conducta, de su individualidad frente a la cadena de hechos naturales y, como consecuencia, de la imposibilidad de su utilización como medio para alcanzar otros fines, que no sea el individuo por él mismo.

Las derivaciones de esa concepción y las críticas a ella se pueden analizar luego de considerar otro autor que participó de la evolución del retribucionismo, en continuidad con el idealismo.

3.2.2 Hegel: derecho penal, persona y la cuestión del tiempo

Como seguidor de Kant, el pensamiento filosófico de Wilhelm Hegel presenta la pena también como una forma de retribución. Sin embargo, el concepto de persona, bastante recuperado por algunos de los funcionalistas sistémicos en la dogmática contemporánea, supone un cambio importante en el sentido kantiano del término. Pero, para este estudio, especialmente, hay que resaltar la relevancia de otro elemento: el papel

⁴⁹⁰ “The categorical imperative, which as such only affirms what obligation is, is: act upon a maxim that can also hold as a universal law – You must therefore first consider your action in terms of their subjective principles; but you can know whether this principle also holds objectively only in this way: that when your reason subjects it to the test of conceiving yourself as also giving universal law through it, it qualifies for such a giving of universal law”. KANT, I. *The metaphysics of Morals*, cit., p. 17.

⁴⁹¹ Este punto permite catalogar a Kant como representante del liberalismo filosófico, algo así como la condición del hombre como responsable de su éxito y fracaso independientemente de las condiciones históricas. Quizá por ello la afirmación de Ortega de que “el mundo intelectual está lleno de gentiles hombres burgueses que son kantianos sin saberlo”, ORTEGA Y GASSET, J. *Kant*. Madrid: Revista de Occidente, 1936, p. 83.

del tiempo en su comprensión del espíritu subjetivo⁴⁹². Por ello, como ocurrió en el subtítulo anterior, se considera la concepción del filósofo sobre el idealismo, el pensamiento y la realidad, para luego llegar a sus consideraciones específicas sobre la función de la pena. La comprensión aislada de las declaraciones del filósofo alemán sobre la pena no permite avanzar a los renovadores de su pensamiento, especialmente, a día de hoy, Jakobs y sus discípulos⁴⁹³.

Ello no significa que el Estado, como ente del espíritu objetivo, deje de estar vinculado a la comprensión de lo que sea el individuo. Al contrario, el pensamiento de Hegel busca, ante todo, la sistematicidad. Por ello, es necesario dar un paso atrás en su concepción y presentar esa estructura del espíritu subjetivo, en especial en dos elementos: la razón y la conciencia. Y a partir de ello, como se ha dicho, buscar la importancia del tiempo.

Es en su primera obra, la *Phänomenologie des Geistes* (Fenomenología del Espíritu), donde se definen estos elementos principales dentro de una compleja sistematización y nomenclatura, que pretende explicar toda la forma de adquirir y comprender el mundo, basándose en su pensamiento dialéctico⁴⁹⁴, que, desde el punto de vista del filósofo, adquirió un nuevo significado, inspirando sus escritos posteriores.

Leyendo la Fenomenología del Espíritu, se observa que Hegel concibió una división de la mente, como por etapas, para llegar al conocimiento y a la conciencia del espíritu subjetivo. Hegel plantea como eje de su disertación la dialéctica propia de la mente, que busca conocer la filosofía en su constante movimiento. Para Hegel⁴⁹⁵, la conciencia, que busca conocer, y la autoconciencia, el conocimiento de sí misma, no pueden aprehenderse a sí mismas sino a través de *figuras de conciencia*, que no son conocimiento absoluto, sino conocimiento en *uno de sus momentos*. Frente al

⁴⁹² La noción de paso del tiempo y proyección al futuro será esencial en nuestra toma de posición final. Véase, adelante, 8.6.1.

⁴⁹³ Esto es lo que dice Hösle cuando nos recuerda que “mesmo que, a rigor, o problema do determinismo seja apenas tocado por Hegel aqui e também em toda a sua obra, no que foi dito encontra-se plenamente o encaminhamento para uma solução convincente do problema”. HÖSLE, V. *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade*. São Paulo: Loyola, 2008, p. 55.

⁴⁹⁴ Hegel demuestra que la idea de la dialéctica antigua procede de Platón (cf. HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del Espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 47), mas todos os estudiosos demonstrarão dele ser a inovação principal sobre o tema.

⁴⁹⁵ JAKOBS, G. *¿Cómo protege el Derecho Penal y que es lo que protege?*, cit., p. 143.

conocimiento de estos instantes⁴⁹⁶, la conciencia se impulsa a sí misma en un movimiento dialéctico, que se confirma siempre en un momento futuro⁴⁹⁷. Por lo tanto, cuando la conciencia misma se da cuenta de que todos sus momentos y experiencias son tiempos de un movimiento, estará avanzando hacia el conocimiento puro.

Es importante señalar que, para Hegel, el espíritu es entonces la conciencia, y ésta, que es absoluta, está por tanto obligada a desplegarse en momentos distintos. En el espíritu subjetivo está la autoconciencia y en el espíritu objetivo está la ética, en la que el espíritu es una sustancia que se enfrenta a sí misma para alcanzar la inmutabilidad, porque "el espíritu es la sustancia y esencia universal, igual a sí misma y permanente, su fin y su meta"⁴⁹⁸. A partir de esta interpretación, Hanna Arendt retoma en gran medida la tesis de Koyré, según la cual el individuo sólo se afirma en el futuro, lo que significa la primacía del individuo. En otras palabras, el futuro prevalece sobre el pasado, y esto, según Arendt, invierte gran parte de la lógica del pensamiento de sus contemporáneos⁴⁹⁹: **antes de ella, el pasado se imponía al futuro**. Las consecuencias de esta proyección hacia el futuro, en el propio espíritu humano, interesan al presente tema: el individuo se convierte en un eterno "ya-no", que Arendt denomina el "*willing ego*", que en la traducción española aparece como "el yo volente", que transforma al hombre en algo así como un **futuro anticipado**⁵⁰⁰, porque el presente es un lapso de tiempo efímero en el que el hombre no está, porque proyecta su propio futuro en un Ahora⁵⁰¹, en una relación de reciprocidad⁵⁰². En este sentido, el tiempo es también esencial en la disolución de todos los seres,

⁴⁹⁶ Así, en el original "La experiencia que la conciencia hace sobre sí no puede comprender dentro de sí, según su mismo concepto, nada menos que el sistema total de la conciencia o la totalidad del reino de la verdad del espíritu; de tal modo que los momentos de la verdad se presenten bajo la peculiar determinabilidad de que no son momentos abstractos, puros, sino tal y como son para la conciencia o como esta conciencia misma aparece en su relación con ellos, a través de lo cual los momentos del todo son figuras de la conciencia". HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del Espíritu*, cit., p. 60.

⁴⁹⁷ Cómo señala Marías, "cada estadio encuentra su verdad en el siguiente". MARÍAS, J. *Historia... cit.*, p. 311.

⁴⁹⁸ HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del Espíritu*, cit., p. 259. Mais adelante, conclui: "El espíritu es, así, la esencia real absoluta que se sostiene a sí misma. Todas las figuras anteriores de la conciencia son abstracciones de este espíritu. Son el analizarse del espíritu", idem.

⁴⁹⁹ ARENDT, H. *The life of the mind II – Willing*. San Diego: Harcourt Publishing, 1981, p. 40.

⁵⁰⁰ La noción de 'tiempo' y de 'anticipación de futuro' será relevante para explicar la noción de estabilidad en la criminalidad organizada y la expectativa de pena en la delación. Véase, específicamente, en el último capítulo, adelante, 8.6.1.2.1.

⁵⁰¹ Y aclara: "But in Hegel the mind produces time only by virtue of the will, its organ for the future, and the future in this perspective is also the source of the past, insofar as that is mentally engendered by the mind's anticipation of a second future, when the immediate I-shall-be will have become an I-shall-have-been. In this schema, the past is produced by the future, and thinking, which contemplates the past, is the result of the Will. For the will, in the last resort, anticipates the ultimate frustration of the will's projects, which is death" ARENDT, H., *The life of the mind II... cit.*, p. 43.

⁵⁰² *Idem*, p. 42.

disolviéndolos en no-seres y revelándose entonces como el elemento negativo del mundo sensible⁵⁰³. Es el tiempo el que muestra la presencia del Otro en cada concepto, ese otro que, para Hegel, es tan relevante para la comprensión del propio sujeto, que se reconoce en esa alteridad.

Esta interpretación ya nos permite comprender cómo concibe Hegel la mente humana: a partir de la conciencia de un fin anticipado, que se percibe como un fin absoluto, los proyectos de la voluntad son objetos de pensamiento⁵⁰⁴, y así el hombre se convierte en pensador constante de su propio futuro. Consciente de la dialéctica, de la inestabilidad, el hombre no sólo piensa sus acciones, sino que es también el propio **futuro anticipado**, en una constante interpretación de lo que está por suceder pero que, por tanto, ya existe.

Esa noción hegeliana de que el individuo es su propia anticipación del futuro, o, dicho de otra forma, que la vive a partir de una expectativa y eterna proyección, es lo que, como aquí se sostiene, va a fundamentar una pena como reacción-retribución del Estado y que es, a la vez, proyectada a efectos futuros. Ésa será una interpretación más reciente, a partir de planteamientos normativistas.

Eso porque en su *Filosofía del Derecho*, el filósofo constituye la relevancia no del individuo como objeto de la norma, sino como persona. El autor es tajante, en esa obra, en reconocer la libertad del individuo, porque la personalidad solo viene con la autoconciencia, basada en una libertad de querer⁵⁰⁵. Pero el objeto del derecho es la persona⁵⁰⁶. Así que el punto clave es discutir, en términos de culpabilidad, si el derecho

⁵⁰³ Así lo afirma la brillante monografía de Paulo Arantes, que disecciona toda la relevancia del Tiempo en Hegel: “Assim como o tempo se apodera de todo ente e o muda prontamente em um não-ente, o conceito penetra as categorias finitas para mostrar em cada uma delas a presença do Outro na constituição de seu sentido. Ao negativo do processo conceptual concreto corresponde o negativo do processo abstrato do tempo. ‘O tempo é elemento negativo no mundo sensível. O pensamento é a mesma negatividade, mas é a forma mais íntima, a forma infinita em que se dissolve tudo o que existe em geral e, antes de tudo, todo ser finito, toda forma determinada. O tempo é, por certo, a ação corrosiva do negativo, mas o Espírito mesmo é tal que dissolve todo conteúdo determinado”. ARANTES, P. E. *Hegel: A ordem do tempo*. São Paulo: Hucitec, 2000, p. 169-170.

⁵⁰⁴ HEGEL, G.W.F. *Fenomenología del Espíritu*, cit., p. 278.

⁵⁰⁵ “§ 34 La voluntad libre en sí y por sí, así como lo es en su concepto abstracto, es en la determinación de la contigüidad. Según esta, elle es su efectividad negativa, frente a la realidad y se refiere sólo abstractamente a sí, - es en sí voluntad individual de un sujeto”. HEGEL, G.H.F. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 67.

⁵⁰⁶ §35: “La universalidad de esa libre voluntad por sí, es lo formal, consciente de sí, sin embargo sin contenido, mera referencia a sí en la propia individualidad; es el sujeto como persona”. § 36: “La personalidad encierra, en general, la capacidad jurídica y constituye el concepto y la base también abstracta del derecho abstracto y por ello, formal. La norma jurídica, por lo tanto, se personifica y respeta a los demás como personas”. § 37 “La particularidad de la voluntad es, en verdad, un momento total de conciencia de

deba considerar toda esa intención y libertad en el momento de aplicarse. Como premisa contundente, fija el filósofo que "en el derecho formal no importa mi interés particular, mi utilidad o mi beneficio, ni mucho menos la causa especial determinante de mi voluntad, juicio e intención" (§ 37). En el fondo de esta cuestión se encuentra (otra) gran duda que, creemos, divide a los postfinalistas neokantianos o, aunque no del todo, de inspiración hegeliana: la realidad de que el Derecho excluya de su análisis los motivos íntimos (la voluntad) de la conducta del sujeto ¿significa una consideración totalitaria o, por el contrario, la menor intervención de lo normativo en la conducta humana? La esencialidad de esta pregunta conduce a varias otras, como la conocida interpretación errónea de Marx de la idea jurídica de Hegel, que sin embargo se retoma hoy para el normativismo neohegeliano. En principio, prescindir de las voluntades significaría constreñir la intervención estatal, porque de entrada es importante que el hombre no tenga que dar cuenta de sus motivaciones personales al Estado. Por otra parte, especialmente en términos penales, significa asumir un autocontrol y una capacidad de comunicación que no siempre o - según cómo se conciba - casi nunca existen.

Hegel, por su parte, al tratar de la injusticia, reconoce la manifestación del principio conceptual de que toda violencia se destruye a sí misma en el hecho de que una violencia es anulada por otra violencia. Esta "segunda violencia" se convierte en legal, de forma necesaria, "cuando es esa segunda violencia la que suprime a la primera"⁵⁰⁷. Así, explica Hegel, violar "un contrato incumpliendo lo estipulado, o incumplir los deberes legales para con la familia y el Estado, por acción u omisión, constituye una primera violencia"⁵⁰⁸. En el contrato, por ejemplo, "se presupone el derecho mismo, y su universalidad intrínseca aparece como lo que es común a la voluntad arbitraria y a la voluntad privada". En otras palabras, el derecho y su existencia empírica esencial -la voluntad particular - coinciden inmediatamente. Y esta "fenomenalidad" se hace evidente cuando, en la injusticia, se da "la forma de oposición entre el derecho mismo y la voluntad particular". La verdad de esta apariencia es su carácter negativo, en cuanto que hay como una oposición entre el derecho en sí y el "derecho particular", que es el resultado de la

la voluntad, pero todavía no está contenida en la personalidad abstracta, como tal. Por lo tanto, ella existe ciertamente, pero como deseo, necesidad, impulso, voluntad accidental, etcétera, distinta aún de la personalidad de la determinación de la libertad. En el derecho formal no importa el interés particular, mi utilidad o mi beneficio – tanto menos la causa especial determinante de mi voluntad, el juicio y la intención". HEGEL, G.W.F. *Filosofía del Derecho*, cit., p. 68.

⁵⁰⁷ HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*, cit., p.84.

⁵⁰⁸ *Idem*, p.84.

contradicción. El derecho *niega esta negación* y se restablece a sí mismo, "volviendo a sí desde su negación, acaba por determinarse como real y válido allí mismo donde comenzó por ser en sí e inmediato"⁵⁰⁹.

El delito, juicio negativo infinito en todos los sentidos, es la coacción ejercida como violencia por el ser libre que daña la existencia de la libertad en su sentido concreto⁵¹⁰. Si el delito y su represión, considerados desde un punto de vista penal, se conciben como nocivos, podría considerarse irrazonable promover un mal simplemente porque ya existe un mal. Por hipótesis, las distintas teorías del castigo (basadas en la preservación, la intimidación, la amenaza o la corrección) atribuyen al delito el aspecto superficial del "mal"; el resultado de la imposición del castigo también se define superficialmente como un bien. Hegel afirma, sin embargo, que no debería tratarse del mal o del bien; en realidad, la cuestión es lo justo y lo injusto. Las concepciones superficiales ignoran la consideración objetiva de la justicia, que es lo que permite captar el principio y la sustancia del delito. Lo esencial se busca, pues, en el aspecto subjetivo del delito, *"añadiéndole las observaciones psicológicas más ordinarias sobre la fuerza y las excitaciones de los motivos sensibles, opuestos a la razón, sobre los efectos de la coacción psicológica en la representación"*. La consideración de la pena como fenómeno -y, en consecuencia, de la influencia que la (amenaza de) pena ejerce sobre la conciencia privada y de los efectos en términos de intimidación y corrección- "debe suponer resuelta la cuestión de si la pena es justa en sí misma y por sí misma"⁵¹¹. La pena impuesta al criminal, concluye Hegel, es justa en sí misma. Es más: "tal como es, es también el ser en sí de la voluntad del criminal, un modo para que exista su libertad, su derecho". Por lo tanto, en relación con el delincuente, la pena constituye un derecho, "está ya implícita en su voluntad existente, en su acto". Procedente de un ser de razón, tal acto "implica la universalidad que el criminal se ha reconocido a sí mismo y a la que debe someterse como derecho propio"⁵¹².

Así, la pena es un paso obligado para la manutención del sistema, del individuo como persona. De ahí surge su conocida afirmación de que el individuo es **honrado con la pena**, que le confirma el estatus de ciudadano. Sin embargo, consideramos necesario

⁵⁰⁹ HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*, cit., p.80.

⁵¹⁰ *Idem*, p.85.

⁵¹¹ *Idem*, p. 88-89.

⁵¹² *Idem*, p. 89.

sumar a ese sistema el movimiento dialéctico, la proyección al futuro de la persona, quien en el momento de recibir la pena ya la anticipa como un elemento del futuro. En ese sentido, desde la perspectiva aquí adoptada, se matiza su idea de retribución a partir del significado que atribuye al individuo mismo: la pena se lanza ontológicamente al futuro, porque la persona se encuentra proyectada hacia él.

Como se ha defendido en otro momento⁵¹³, a partir de la idea de importancia de dinámica de pensamiento individual y proyección al futuro en Hegel es arriesgado proponer que su filosofía no reconoce en absoluto la autonomía de la voluntad como objeto del derecho. Porque, para asumir esta posición integral, es imprescindible tener en cuenta el resto de la concepción: el mundo ético como el espíritu en su verdad⁵¹⁴, la búsqueda incesante de su realidad en los momentos dialécticos del espíritu, la idea de Dios como futuro en el desarrollo del hombre, hasta llegar a la conclusión más pura de lo que es el Estado como elemento ideal, fuente de un tratamiento de la libertad mucho más allá del pacto contractualista propio del liberalismo. En otras palabras, entender el Estado sólo como aquél que desprecia la voluntad subjetiva por considerar a la persona ya mediatizada por la norma es una reducción de la propuesta del autor.

A partir de su idea sobre el Espíritu Subjetivo, que sigue más de cerca a la voluntad, se puede, con cierto atrevimiento, comprender que la pena es una reacción sistémica proyectada al futuro de alguien que en el pasado supo alcanzar la norma y negarla. El individuo es siempre una conciencia del futuro, un "todavía-no", que se anticipa a las consecuencias de sus decisiones. El derecho lo toma en cuenta de manera general, desde el momento en que interviene en un futuro que, al hacerlo, ya es presente y, entonces, proyecta consecuencias para un nuevo futuro. En palabras de Arendt, citando a Hegel: "man is not just temporal. He is Time"⁵¹⁵. Al ser así, la pena, aunque esté causada por un evento pasado, y sea la justa retribución, es proyectada al futuro, porque actúa en la consciencia individual y colectiva como una anticipación de ese futuro. A la vez, en Hegel, como será en Jakobs, la pena es retribución obligatoria, pero proyecta efectos en el tiempo. Es la incorporación del tiempo – y, luego, la dinámica – que explica la principal diferencia entre la pena en Kant y en Hegel. Ese Ser-Tiempo es la forma por la cual hay,

⁵¹³ RODRÍGUEZ, V. G., *Livre arbitrio e direito penal...* cit. p. 282

⁵¹⁴ *Idem*, p. 261.

⁵¹⁵ ARENDT, H. *The life of the mind II...*, cit., p. 42.

que comprender la transición del fin de la pena a las teorías relativas. Y que van a asumir un nivel más elevado cuando se intente conceder sentido al perdón al delator.

3.2.3 Críticas al retribucionismo y su renacimiento como anti-utilitarismo

La evolución del pensamiento penal no aceptó que la pena se mantuviera anclada en la retribución. Bien se sabe que, en el pensamiento latino-germánico, su justificación se ha relativizado a finalidades más funcionales. Pero el renacimiento de una visión retribucionista, en la actualidad, tiene su origen en algo muy caro a este trabajo: el abuso de la pena como función utilitaria en la sociedad anglosajona. Por ello, aquí se va a destacar, como neo-retribucionismo, autores de posición no utilitarista de hoy. En Estados Unidos, sobresale el pensamiento de Michael Moore⁵¹⁶.

Moore hace un resumen de las posiciones intermedias entre el retribucionismo y las tendencias utilitaristas. Sin estar en los extremos, es posible sostener una teoría del castigo según la cual éste sólo estaría justificado si, y sólo si, simultáneamente (I) la sanción produjera algún efecto social positivo (por ejemplo, intimidación), y (II) el castigo recayera sobre quien lo merece. En este escenario, la retribución y un efecto social positivo serían condiciones necesarias, pero de modo aislado no restarían solventes para legitimar una sanción. Desde un punto de vista lógico, se podría, en una segunda combinación de los razonamientos "puros", argumentar que la pena es legítima si, y sólo si: (A) implica un efecto social positivo, o (B) recae sobre quienes merecen el castigo. Esta segunda perspectiva, según Moore, ni siquiera tiene denominación propia, porque nadie la defiende seriamente. La falta de partidarios se explica por el hecho de que esta teoría combina las principales limitaciones de las lógicas "puras". De hecho, el principal problema de una racionalidad utilitarista pura del castigo es que, en el límite, justifica el sacrificio de un inocente para conseguir un efecto social positivo; el retribucionismo puro, en cambio, tiene el principal problema de poder castigar al culpable aunque ello no tenga ningún efecto positivo⁵¹⁷.

⁵¹⁶ MOORE, M. Closet Retributivism, *cit.*, p. 92.

⁵¹⁷ *Idem*, p. 93 y nota 19.

Por ello, para sostener el retribucionismo, es obligatorio hacer frente a la crítica del “ningún efecto positivo” de esa postura.

Con ese objetivo, Moore presenta argumentos contra el utilitarismo puro y contra una fundamentación mixta del castigo. Para ello, recurre a “experimentos mentales” (*thought experiments*), que tienen la función de investigar las verdaderas razones para creer en la verdad de una determinada proposición⁵¹⁸. Contra el utilitarismo puro, Moore propone analizar primero la figura del chivo expiatorio. Recuerda el célebre caso D.B. Cooper: un hombre, hasta hoy no identificado, secuestró un avión en pleno vuelo, obteniendo una gran suma de dinero como rescate; el hecho de que el crimen no se resolviera alentó en cierta medida comportamientos similares, lo que dio lugar a importantes gastos en seguridad aérea⁵¹⁹. Moore propone hipotéticamente que, para eliminar el incentivo a comportamientos similares, se hubiera decidido castigar a alguien que, sin coartada, pudiera hacerse pasar públicamente por D.B. Cooper. Desde una perspectiva puramente utilitarista, puede reconocerse el efecto social positivo de castigar a un inocente. Además, desde esta perspectiva, no habría ninguna razón *a priori* para que el efecto social positivo fuera superior al daño resultante de castigar a una persona no culpable⁵²⁰. Siempre en contra del utilitarismo, el autor analiza la figura de la “detención preventiva” (*preventive detention*). Propone el siguiente ejemplo: un psiquiatra descubre que su paciente es una persona extremadamente peligrosa, es decir, existe una probabilidad muy alta de que acabe cometiendo delitos violentos; este paciente es acusado de un delito grave; el acusado no es culpable del delito que dio lugar a la persecución penal, ni de ningún otro delito. En este caso, se plantea la siguiente cuestión: ¿debe condenarse a un hombre que, aunque inocente, cometerá sin duda un delito en el futuro? La condena tendría el efecto de prevenir futuros comportamientos delictivos, ya que el agente peligroso sería encarcelado. De forma análoga al ejemplo anterior, puede reconocerse desde una perspectiva utilitarista pura que el bien de prevenir futuros delitos supera el daño de castigar a alguien que sigue siendo inocente⁵²¹. Moore concluye que los

⁵¹⁸ “A thought experiment is essentially a device allowing one to sort out one’s true reasons for believing that certain propositions are true. To be successful, such a thought experiment need not involve any actual case or state of affairs, nor need the cases envisioned even be very likely; they only need be conceivable in order to test our own thoughts”. MOORE, M. Closet Retributivism, *cit.*, p.94.

⁵¹⁹ El caso, que sigue sin solución, es ampliamente documentado en “Skyjack: The Hunt for D.B. Cooper”, de Geoffrey Gray (Crown Publishers, 2011), entre otras obras.

⁵²⁰ MOORE, M. Closet Retributivism, *cit.*, p.95.

⁵²¹ *Idem*, p. 95.

resultados absurdos de los ejemplos propuestos demuestran que, de hecho, nadie puede ser defensor del utilitarismo puro⁵²².

Sin embargo, rechazar el utilitarismo puro no implica directamente aceptar el retribucionismo como teoría para justificar el castigo. De hecho, se puede buscar una legitimación mixta del castigo, en el sentido de que la retribución sea necesaria cuando sea merecida y capaz de “producir algún efecto social positivo”⁵²³. Para poner a prueba la validez de las posturas intermedias sobre la fundamentación del castigo, Moore recurre de nuevo a “*thought experiments*”⁵²⁴. Ante crímenes bárbaros y extremadamente violentos, la gente se da cuenta intuitivamente de que el castigo es necesario en algún nivel. En un segundo momento, incluso puede añadir otro argumento: incapacitación, coerción social etc. Según el autor, estos añadidos son **justificaciones a posteriori** para conceder cierta racionalidad a lo que realmente se cree⁵²⁵. El autor propone un caso en el que no habría ningún efecto social positivo derivado de un castigo “merecido”, es decir, aplicado a un agente que es realmente culpable de un delito grave: es su ejemplo del criminal Chaney. Chaney violó y robó a mujeres con excesiva violencia en un momento de su vida. Moore propone la hipótesis de que después de sus crímenes, pero antes de cualquier condena, Chaney sufre un accidente de coche y, como consecuencia de sus lesiones, deja de tener libido. Además, durante el mismo periodo, Chaney recibe una enorme herencia inesperada de un pariente lejano. Estas nuevas circunstancias incapacitan a Chaney para repetir cualquier agresión sexual, además de hacer improbable cualquier nuevo delito contra la propiedad. Por lo tanto, Chaney no es peligroso, y cualquier incapacitación, detención o “reforma” de su personalidad es innecesaria. Es más, es posible “fingir un castigo” como forma de enviar a la sociedad el mensaje de que

⁵²² MOORE, M. Closet Retributivism, *cit.*, p. 97.

⁵²³ *Idem*, p. 97.

⁵²⁴ *Idem*, p. 98.

⁵²⁵ *Idem*, p. 99. MOORE, M. The Moral Worth of Retribution. In: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 115 e ss. Ver también: DARLEY, J. Morality in the Law: the psychological foundations of citizens’ desires to punish transgressions. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, 2009. GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J.; WISTRICH, A. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, v. 93, 2007. HAIDT, J. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, 2001. LINS E HORTA, R. de; COSTA, A. A. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *Revista Opinião Jurídica*, n. 20, 2017. LINS E HORTA, R. de. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre Justiça*, n. 2, 2014. LITTLE, L. E. Adjudication and Emotion. *Florida Coastal Law Journal*, v. III, 2002. SUNSTEIN, C. Moral Heuristics. In: *The Law School the University of Chicago*. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 180. 2003.

se ha hecho justicia. Moore señala que, en las circunstancias propuestas, una teoría mixta (retributiva-utilitarista) de la pena *no exigiría* el castigo. Por lo tanto, si la conclusión del lector es que el castigo debe aplicarse, la justificación mixta del castigo debería rechazarse⁵²⁶. De este modo, reconocer la necesidad del castigo en los casos aplicados equivaldría, en términos de Moore, a "sacar el retribucionismo del armario", es decir, adoptar una postura efectivamente retribucionista, a pesar de los intentos de racionalizar otros presupuestos del castigo penal⁵²⁷.

Existen diversas críticas al retribucionismo. De hecho, a pesar de que, como se ha visto, perdura en el sistema del *Common Law*, en los países de tradición romano-germánica se reconoce el "adiós a Kant y Hegel" en relación con los fines de la pena⁵²⁸. Quizás la crítica más recurrente es que las teorías retributivas no son realmente teorías sobre los fines de la pena. Al fin y al cabo, se argumenta exactamente lo contrario: la pena es una "entidad independiente de los fines"⁵²⁹. La teoría retributiva ya presupone la necesidad del castigo, lo que *no* significa que cualquier falta puede generar una sanción penal. Así, la teoría de la retribución no logra limitar el contenido del poder punitivo del Estado. La tipificación de una conducta es suficiente para "justificar" la imposición de una pena⁵³⁰. En este sentido, Schünemann señala el error de pensamiento, inadvertido durante 200 años, que consiste en deducir la sanción concreta con los medios del Derecho penal a partir de la lesión de la norma (lo que es posible en relación con cualquier norma -haciendo de la cuestión una cuestión de teoría general del Derecho-). De hecho, la inmensa mayoría de las lesiones a las normas quedan impunes (por ejemplo, el incumplimiento de un contrato)⁵³¹. Es más, un sistema penal que se limita a la retribución del delito cometido y a la expiación de la culpabilidad penal es un sistema que no hace caso al conocimiento empírico, en la medida en que la intervención penal no estará orientada a las consecuencias⁵³².

⁵²⁶ MOORE, M. S. Closet Retributivism, *cit.*, p. 100-101.

⁵²⁷ *Idem*, p.103.

⁵²⁸ SILVA SANCHEZ, J.-M. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Traducción: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

⁵²⁹ DIAS, J. de F. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

⁵³⁰ ROXIN, C. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Traducción: Ana Paula Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p.17.

⁵³¹ SCHÜNEMANN, B. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 44, 2003, p. 15.

⁵³² HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 34.

El discurso de la pena no absolutamente retributiva sostiene que esta debe cumplir finalidades adicionales. Así, en una posición intermedia bastante en voga hoy, "la culpabilidad es el presupuesto y el límite, pero no el único fundamento de la pena"⁵³³. En un momento posterior, se analizará si ello implica o no una petición de principio, al establecer en la pena un límite no utilitarista (la culpabilidad es límite de la pena) y no retribucionista (la culpabilidad no es el único fundamento de la pena).

También florece la crítica, cuanto al retribucionismo, de que él desprecia, en las consecuencias del delito, totalmente la figura de la víctima. Sobre ello, George Fletcher señala que, al centrarse en el merecimiento de la pena, el retribucionismo sólo tiene en cuenta la figura del autor. Según Fletcher, habría que intentar integrar a la víctima en la justificación del castigo. Sin embargo, esto no puede hacerse simplemente reconociendo el deseo de la víctima de que la persona que le infligió el daño sufra por ello, ya que esto equivaldría a relegar el castigo a una mera venganza perpetrada por medios estatales⁵³⁴. De este modo, la tarea de garantizar un cierto protagonismo al sujeto del delito debe entender que la víctima no es la propia persona ofendida, sino la clase representada por la persona ofendida. Así, el homicidio, por ejemplo, protege la vida, no la vida de una persona realmente amada o detestada por su familia; la violación protege la integridad sexual, no las sensibilidades específicas de una víctima en particular, sino los intereses de las personas como clase de víctimas potenciales⁵³⁵. Por lo tanto, la víctima concreta, escuchada en el proceso, es un emblema de una categoría más amplia⁵³⁶. Esta concepción de la "víctima" es central en el concepto de justicia de la teoría retribucionista. De hecho, la identificación de un sector social con una "víctima paraguas" refuerza la percepción de protección estatal para todo el grupo; por otro lado, la impunidad puede interpretarse como una forma de traición hacia el segmento representado por la "víctima paraguas"⁵³⁷⁵³⁸.

⁵³³ DIAS, J. de F., *cit.*, p.95.

⁵³⁴ FLETCHER, G. The Place of Victims in the Theory of Retribution. *Buffalo Criminal Law Review*. v. 3, n. 1. 1999, p. 51-52.

⁵³⁵ *Idem*, p. 51-52.

⁵³⁶ *Idem*, p. 55.

⁵³⁷ FLETCHER, G., *cit.*, p. 62.

⁵³⁸ Desde el punto de vista aquí expuesto, no es necesario concebir una traición a la víctima paraguas. Sencillamente, hay que considerar que existe un efecto inverso en cada concepción ideal de la imposición de la pena. Esto implica reconocer algo que los penalistas admiten poco en la actualidad, pero que resulta de una lógica intransponible: todos los efectos de la pena se invierten cuando no se aplica a quien la merecía. De ahí surge el gran problema del perdón y de la disminución de pena al delator: ¿cómo puede la reducción dejar de representar una negación lógica de todos los efectos comunicativos de la pena ordinaria? Esa es la

Moore rebate la crítica de Fletcher. Según Moore, hay dos formas de abordar el papel de la víctima en la teoría retributiva: (I) una perspectiva sustantiva, y (II) una perspectiva procesal⁵³⁹. Desde una perspectiva sustantiva o material, se reconoce que el merecimiento de pena deriva del daño causado a la víctima. Sin embargo, este daño, por utilizar la terminología de Feinberg, debe ser un "perjuicio al interés" normativamente relevante⁵⁴⁰. De hecho, la retribución requiere una violación normativa. Según Moore, es en este momento cuando se considera materialmente a la víctima: la víctima forma parte del contenido de la norma, en la medida en que la disposición legal protege sus intereses⁵⁴¹. Sin embargo, este papel sustantivo de la víctima en la teoría de la retribución no justifica por sí mismo ningún papel procesal, es decir, no legitima por sí mismo una determinada forma de participación de la víctima en el proceso penal⁵⁴². Así pues, la víctima es importante para valorar el mérito, la noción central del retribucionismo. Sin embargo, esta importancia **no justifica ningún derecho moral de la víctima a influir en el funcionamiento** de las instituciones jurídicas, por no mencionar el hecho de que la víctima, por regla general, no tendría la experiencia necesaria para opinar sobre la imposición de la pena⁵⁴³.

Todos esos argumentos, evidentemente nacidos del contexto anglosajón, reciben nombres distintos, pero casi equivalentes, en el sistema latino-germánico. Lo fundamental es reconocer la existencia de un elemento pendular, que oscila entre el extremo del utilitarismo y el del retribucionismo.

interrogante para el perdón, aunque ya está presente en el enfoque aquí desarrollado de pena en sentido narrativo: la inexistencia del conflicto. En gran medida, también es un punto de partida para la delación, ya que sin ella no existe ningún tipo de punición en algunos delitos cometidos por grandes organizaciones.

⁵³⁹ MOORE, M. S. Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 1999, p. 68-69.

⁵⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. New York: Cambridge University Press, 1984, pp.33-36.

⁵⁴¹ MOORE, M. S. Victims and Retribution: ..., *cit.*, p. 69.

⁵⁴² *Idem*, p. 72.

⁵⁴³ *Idem*, p.73 e 89. La postura diferenciadora de Moore sobre el papel de la víctima merece al menos una salvedad. Hay casos en los que la opinión o percepción de la víctima es esencial para que sea posible afirmar que se ha cometido un delito. Esta cuestión de derecho sustantivo se complementa a veces con formas de manifestación procesal de la víctima. Así, por ejemplo, en el contexto del delito de malversación, la figura de la acción penal condicionada a la representación es acorde con la concepción personal del daño, que reconoce la importancia del juicio de la víctima para establecer el daño patrimonial. En este sentido, con más referencias: MACRI JÚNIOR, J. R. *O engano típico no estelionato*. 2022. Tesis Doctoral. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2022, p. 139. Sin embargo, como alerta Shecaira, el "reavivar do seu protagonismo no processo penal moderno [de la víctima]" puede llevar a su instrumentalización por el sistema punitivo, en una "perversa interlocução punitiva, típica do Movimento da Lei e da Ordem" SHECAIRA, S.S, *Criminologia*, SP: RT, 2008, p. 59

Los intentos de relativizar las funciones de la pena son, como toma de posición aquí, un intento de respuesta a la crítica de Moore, que todos los teóricos, aun cuando no lo hayan formulado de ese modo, intuyen: **el utilitarismo no presenta límites para el derecho penal y el retribucionismo parece carecer de suficiente racionalidad**; o, dicho de un modo aún más preciso, ambos constituyen la razón de casi todas las puniciones, aunque de manera no explícita. La punición por el reproche de la culpabilidad, o la culpabilidad añadida a una función de la pena, apenas resolvería el problema que esta última conlleva⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ El mencionado ejemplo de la isla de Kant suele interpretarse como una *reductio ad absurdum* de la teoría retributiva. Luís Greco sugiere que el ejemplo de Kant, en lugar de ser descartado apresuradamente, merece un análisis más profundo para investigar la razón verdaderamente decisiva para no aceptar la teoría retributiva. Greco propone que el ejemplo de la isla no tiene por qué referirse necesariamente a la pena de muerte. Así, puede cuestionarse la imposición de cualquier pena en vísperas de la disolución de la sociedad. Lo esencial es que "cada antiguo habitante de la isla pueda volver a empezar de cero, independientemente de lo que haya hecho, le hayan hecho o sepa que otro ha hecho". Si se garantiza a cada individuo la posibilidad de volver a empezar, entonces: (I) nadie ganará nada si se impone la pena; (II) nadie perderá nada si no se impone la pena; (III) al menos una persona - sobre la que recae el castigo - perderá algo si se impone la pena. Según Greco, el ejemplo de la isla es una confirmación del retribucionismo y, en consecuencia, una reducción ad absurdum de la posición contraria, es decir, la defensa del no castigo. La hipótesis de la isla tendría la misma función que el ejemplo de Kant del individuo al que se le conmuta la pena porque acepta ser objeto de experimentos médicos. Sería intuitivamente obvio que la pena no puede variar en función de que el individuo acepte participar en tales experimentos, lo que demostraría que la pena es una cuestión de justicia, mientras que la conveniencia es un asunto distinto. Kant habría supuesto, según Greco, "que sus lectores tendrían intuiciones similares respecto al caso de la isla". De este modo, Greco afirma que el ejemplo de la isla no debería rechazarse tan fácilmente y señalarse como prueba del absurdo al que conduce el retribucionismo. El rechazo de la teoría retributiva requiere una mejor fundamentación. En este sentido, Greco estructura su crítica al retribucionismo a través de dos argumentos: (I) el argumento de la asimetría, y (II) el argumento de la coherencia. El argumento de la asimetría consiste, *grosso modo*, en la diferencia de situaciones entre castigar al inocente y no castigar al culpable. En efecto, como se ha visto, el retribucionismo establece que el castigo se impone por razones de justicia. Así, la retribución prohíbe castigar al inocente e impone el deber de castigar al culpable. Por lo tanto, sería injusto tanto castigar al inocente como no castigar al culpable. Según Greco, la teoría retributiva sitúa estas dos injusticias al mismo nivel: "castigar al inocente es injusto, no castigar al culpable es injusto, y castigar al inocente es tan injusto como no castigar al culpable". Greco afirma que existe una asimetría entre las injusticias. Esta asimetría no es sólo cuantitativa - en el sentido de que es más injusto castigar al inocente que no castigar al culpable, lo que sugeriría una posibilidad de compensación numérica entre las injusticias - sino también cualitativa: castigar al inocente es una injusticia diferente de la injusticia de no castigar al culpable. El autor ilustra su pensamiento con el ejemplo de otras dos islas. En la "Isla 2", existe una sociedad dividida en dos grupos enemigos que se esfuerzan por exterminarse mutuamente desde hace generaciones. Surge un líder que, con su esfuerzo y carisma, consigue reconciliar a los dos grupos. Tras unos años de relativa paz, se descubren delitos impunes cometidos por este gran líder. Castigar al líder "tendría consecuencias fatales para la solidificación de la paz en la isla". En esta hipótesis, ¿existiría el deber de castigar, aunque el castigo significara probablemente el fin de la paz e incluso de la existencia de una sociedad en la isla? Greco cree que la respuesta, intuitivamente clara, sería "no". Para resaltar la asimetría de la injusticia, Greco propone la existencia de la "Isla 3". En este lugar también hay grupos enemigos, que además han firmado una especie de armisticio, vigente desde hace algunos años. Se comete un crimen bárbaro contra un líder de uno de los grupos. Como consecuencia del delito, el conflicto entre los grupos está a punto de reanudarse, lo que probablemente provocaría la disolución de la sociedad en la isla. La única forma de evitar que se reanuden los conflictos sería castigar a la persona que los miembros del grupo cuyo líder fue agredido consideran culpable. Sin embargo, esta persona es inocente. ¿Estaría justificado castigar al inocente para evitar la disolución violenta de una sociedad? Según Greco, en el caso de "Isla 3", sería "ilegítimo prescindir del principio retribucionista", porque no estaría bien "sacrificar los derechos de la

3.3 Teorías relativas

Las teorías relativas, estudiadas en algún detalle a continuación, son teorías sobre los fines de la pena propiamente dichas. En efecto, la sanción penal se entiende como un instrumento de política criminal. Así, además del daño infligido al delincuente, la pena tendría finalidades concretas, a saber: la prevención de los delitos⁵⁴⁵. Dada su vertiente práctica, las teorías relativas serán fácilmente criticadas por los retribucionistas, al negar la máxima de que el ser humano es un fin en sí mismo. La pena utilizaría al sujeto, con objetivos utilitaristas. Tal instrumentalización, según los partidarios de la teoría absoluta, atendería así contra la dignidad humana⁵⁴⁶. Los defensores de las teorías retributivas van a señalar que ese tipo de crítica neolkantiana solo tendría sentido si se reconociera la "total ilegitimidad de todos los instrumentos destinados a actuar en el campo social y a alcanzar fines socialmente útiles"⁵⁴⁷. Para que la sociedad funcione, dirá el penalista lusitano, cada individuo debe prescindir de los derechos que le han sido conferidos en virtud de su eminente dignidad. Por lo tanto, la cuestión de la preservación de la dignidad de la persona sería ajena a la cuestión de los fines de la pena; sin embargo, la preservación de la

inocencia, el principal de los cuales es no sufrir nunca castigo". He aquí la asimetría: la prohibición de castigar al inocente es de naturaleza contundente, absoluta; el mandato de castigar al culpable, en el mejor de los casos, es de naturaleza *prima facie*, relativa. El uso de otras islas sirve para demostrar la asimetría entre las injusticias. Sin embargo, la isla original y casos como el del violador Chaney - presentado, como se ha expuesto en el cuerpo del texto, por Moore - quedan sin explicación. En este punto, Greco presenta el argumento de la coherencia: la necesidad de que la pena genere alguna ganancia para que esté justificada significa que la injusticia intrínseca de ciertos hechos ya sería una razón para castigarlos, siendo irrelevante si hay o no daño social o lesión de bienes jurídicos. Por tanto, la teoría retributiva, al considerar irrelevante para la justificación del castigo penal que éste produzca algún efecto social positivo, "es corolario de un principio que, por tanto, está en contradicción con otro importante principio del liberalismo jurídico-penal": la intervención penal se limita a los casos de daño social o lesión/amenaza a bienes jurídicos. La impunidad de Chaney, concluye Greco, sería "el precio que tenemos que pagar si no queremos allanar el camino para revisar el postulado de que toda criminalización presupone un daño social, una lesión a un bien jurídico". GRECO, L. A ilha de Kant. In: GRECO, L.; MARTINS, A. *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 278. Según la opinión aquí defendida, sin embargo, observar la protección de bienes jurídicos sería específicamente trasladar la discusión a otro elemento, bastante distinto: la función del derecho penal. La protección de los bienes jurídicos, el *harm principle* o la confirmación de validez del ordenamiento jurídico son temas que están muy afectos, especialmente al utilitarismo, pero están alejados del conjunto de la función de cual es la función de la pena. Son, eso sí, parte del sistema de legitimidad del derecho penal como un todo, en el cual se encuentra la consecuencia sancionatoria.

⁵⁴⁵ DIAS, J. de F. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.97.

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 98.

⁵⁴⁷ *Idem*, p. 98. Por cierto, vease: HUMBOLDT, W. von. *Os limites da ação do Estado: Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado*. Traducción: Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, p. 131 e ss.

dignidad humana durante la ejecución de la pena no sería, para él, un tema de fines de la pena, sino acerca de los límites de la pena estatal⁵⁴⁸.

Todavía a modo de introducción, es importante señalar que, no obstante las críticas de neoretribucionistas, el Derecho penal latino-germánico no trata las perspectivas absolutas y relativas como teorías del todo estancas. Al contrario: vemos la inserción de juicios de prevención en las categorías dogmáticas, así como la presencia de un (renovado) juicio de retribución en las teorías relativas⁵⁴⁹. De hecho, se incorporan al delito fines preventivos, que derivan del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, es decir, de la restricción de la intervención penal a la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intolerables. Así, en virtud del principio de proporcionalidad en sentido amplio, la intervención penal debe ser adecuada y necesaria, pues de lo contrario el Derecho penal estaría interviniendo en la esfera de otros sectores jurídicos⁵⁵⁰. En cuanto a la categoría de la culpabilidad, su concepción unidireccional (la pena presupone la culpabilidad, pero la culpabilidad no implica necesariamente la imposición de una pena) es el camino para la introducción de esas finalidades. A esta concepción contribuyó la secularización del Derecho penal iniciada con la Ilustración, con la consiguiente distinción entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral, así como el progresivo abandono de la pena entendida en términos de *lex talionis*, o en el sentido del idealismo alemán (realización de la justicia, para Kant; afirmación dialéctica del Derecho, para Hegel). Sobre todo, ha contribuido la creciente comprensión de la pena en el marco del Estado de Derecho: una sanción *necesaria* para la protección de bienes jurídicos fundamentales⁵⁵¹, ya en una intersección con la función del derecho penal en sí propio.

La culpabilidad es el concepto central en la discusión sobre los fundamentos de la pena. Entender la culpabilidad en términos sociales, funcionales o comunicativos está en línea con las teorías preventivas (relativas). Sin embargo, siendo la culpabilidad la medida y el límite de la pena, las teorías relativas no abandonan por completo la retribución,

⁵⁴⁸ DIAS, J. de F. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal, *cit.*, p.98.

⁵⁴⁹ ALONSO ÁLAMO, M. Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva. In: CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M.; FAKHOURI GÓMEZ, Y.; GUÉREZ TRICARICO, P.; RODRÍGUEZ HORCADO, D.; BASSO, G. J. (ed). *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. v. II. Madrid: UAM Ediciones, 2019, *passim*.

⁵⁵⁰ *Idem*, p. 1298. Sobre los límites del principio de subsidiariedad, véase: HASSEMER, W. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, 1990. DEL TUFO, V. *Profili critici della vittimo-domatica: Comportamento della vittma e delitto di truffa*. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 7 e ss.

⁵⁵¹ ALONSO ÁLAMO, M. Polisemia del término retribución y..., *cit.*, p. 1299.

aunque no en los términos del idealismo alemán. Así, concluye Alonso Álamó, la idea de retribución está implícita en el Derecho penal de prevención⁵⁵².

De hecho, subsisten elementos retributivos en las teorías preventivas de la pena. Así, la referencia al hecho culpable permite sostener que la retribución es indispensable a los fines de la prevención especial. Orientar la ejecución de la pena privativa de libertad hacia la reinserción social, rehabilitación o reeducación del penado exige que la pena sea adecuada al injusto culpable. De hecho, el primer paso para que la pena surta efecto en términos de reeducación y reinserción es que el autor la perciba como justa, en el sentido de adecuada a su comportamiento reprochable⁵⁵³. La prevención general negativa, entendida esencialmente como intimidación o disuasión, implica imponer una pena al individuo que no está (suficientemente) intimidado por la amenaza, con el objetivo de evitar que otras personas cometan delitos. La pena sería como un ejemplo para los demás. Con este fin, la pena podría, en teoría, aplicarse de forma desproporcionada o incluso a individuos no culpables. Dado que tal imposición sería inaceptable en un Estado de derecho, los partidarios de la pena preventiva invocan los principios de proporcionalidad y culpabilidad como límites al castigo estatal. Sin embargo, lo que se presenta como un límite se convierte en una parte interna del concepto: a través de la culpabilidad y la proporcionalidad, el (renovado) pensamiento retributivo encuentra su sitio en el sistema de penas⁵⁵⁴. Aceptando que la pena se impone por una conducta punible, la sanción es una retribución por un comportamiento culpable. Por ello, en un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos fundamentales, la prevención general negativa no puede sostenerse al margen de esta renovada concepción retributiva⁵⁵⁵. Desde una perspectiva de prevención general positiva, según la cual el Derecho penal se orienta al mantenimiento de la norma, se manifiesta también un pensamiento retribucionista. Si aceptamos (I) que las leyes penales son necesarias para mantener la forma de la sociedad y del Estado, o (II) que no existe un contenido genuino de las normas penales (lo que implica formalizar el concepto de bien jurídico), la finalidad de la pena se sitúa en un territorio normativizado. La pena sería una reacción a la violación de la norma, la demostración de la validez de la norma **a costa del delincuente**. La pena, en otras

⁵⁵² *Idem*, p. 1292.

⁵⁵³ ALONSO ÁLAMO, M. Polisemia del término retribución y..., *cit.*, p. 1295.

⁵⁵⁴ *Idem*, p. 1294.

⁵⁵⁵ *Idem*, p. 1294.

palabras, es la re-estabilización del ordenamiento ofendido⁵⁵⁶. La pena con una función preventiva positiva general también debe estar sujeta a límites. La culpabilidad (funcional) es el fundamento y la medida de la pena. Sin embargo, aquí hablamos de culpabilidad con su contenido normativamente definido, concebida en relación con fines, limitada por criterios preventivos, y cuyo significado, como principio de culpabilidad para el fundamento de la pena y su medida, no va más allá de exigir proporcionalidad y prohibir arbitrariedad⁵⁵⁷. La pena adecuada a la culpabilidad es la pena necesaria para estabilizar la norma. De este modo, en la medida en que se presenta como afirmación y estabilización de la norma, la prevención general positiva contiene un juicio retributivo, con un fuerte carácter de teoría absoluta hegeliana⁵⁵⁸.

Por todo ello, las ideas preventivas son multifacéticas e implican distintas elucubraciones para la imposición de la pena, intentando un mínimo de racionalidad. Habría que cuestionarse, en cada momento, si una comprensión teórica distinta sobre la finalidad de la pena sería suficiente para justificar la imposición de una diversa cualidad o cantidad de pena o si, por el contrario, la justificación está siempre hecha *ex post*: la imposición de la pena bajo las reglas del código penal, creadas a partir de la pura experiencia criminológica sumada a una política criminal de Estado, es posteriormente razonada, añadiéndose construcciones teóricas sobre finalidad. Esa interrogante no puede ser contestada de momento, pero es extremadamente relevante para explicar el premio a la delación. Antes de analizar los principales argumentos de cada función de la pena, se puede retomar los argumentos de Franz von Liszt, responsable por la sistematización e incluso la epistemología del derecho penal como hoy se conoce. No sería distinto con las funciones de la pena: el penalista de origen austríaco fue responsable por la sistemática pós-retribucionista.

⁵⁵⁶ *Idem*, p. 1295.

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 1295-1296.

⁵⁵⁸ *Idem*, p. 1296. Como señala acertadamente el autor (pp.1296-1297), la teoría de la pena de Pawlik también tiene trazas de retribucionismo en la medida en que confirma a costa del delincuente la inseparabilidad del vínculo entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de cooperar. Cf. PAWLIK, M. *Ciudadanía y derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 51 e ss.

3.3.1 Relativización y finalidad en Derecho penal de la pena en Von Liszt

Como señala Roxin, Von Liszt, a través de su Programa de Marburgo, fue el portavoz de la teoría de la prevención en Alemania⁵⁵⁹. Von Liszt afirma que, durante mucho tiempo, el concepto de pena retributiva tuvo un peso indiscutible en la *communis opinio*. El autor llega a afirmar que existía un estigma científico contra las teorías que tomaban la idea de finalidad como punto de partida de la teoría de la pena⁵⁶⁰. Sin embargo, existía una insatisfacción general con los resultados prácticos del derecho penal: las estadísticas criminales aumentaron el escepticismo sobre las doctrinas enseñadas durante décadas en las universidades alemanas⁵⁶¹. Sin embargo, el movimiento para desafiar la opinión dominante, recuerda Von Liszt, no se limitó a Alemania. El positivismo italiano emprendió la lucha contra la criminalidad clásica con vigor y entusiasmo juveniles. Esta escuela cuestionó el carácter del derecho penal como disciplina jurídica, transformándolo en una rama de la sociología; desconfiaba de la eficacia de la pena y quería sustituirla en gran medida por medidas preventivas; despojó al proceso penal de su estructura jurídica, transformándolo en un examen técnico psiquiátrico-antropológico del delincuente; asumió como tarea principal la investigación de las causas de la delincuencia (utilización de datos estadísticos y antropológicos)⁵⁶².

Von Liszt subraya que, en su origen, el castigo era una forma primitiva que tenía la sociedad de reaccionar ante las perturbaciones externas de las condiciones de vida. Se trataba de una reacción "ciega e instintiva" que no era intencionada ni estaba determinada por la representación de un fin. Con el tiempo, sin embargo, se ha pasado de la reacción de los círculos inmediatamente afectados (por ejemplo, la venganza privada) al análisis del conflicto por parte de instancias no afectadas, lo que permite observar con sobriedad los efectos de la conducta y la reacción. De este modo, la experiencia demuestra que el castigo va adquiriendo un carácter finalista, es decir, la sanción se aplica en aras de unos fines, que establecen la medida del castigo. **Bajo la égida de los fines, la violencia punitiva se convierte en derecho penal.** Según Von Liszt, la tarea para el futuro sería continuar en la misma dirección, transformando así la reacción ciega en una protección

⁵⁵⁹ ROXIN, C. *Derecho Penal ...*, cit., p.85.

⁵⁶⁰ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Edeval, 1994, p. 57.

⁵⁶¹ *Idem*, p. 59.

⁵⁶² *Idem*, p. 61-62. Os pontos centrais do pensamento de Garófalo serão expostos na sequência.

de la propiedad consciente de su objetivo⁵⁶³. Von Liszt, en definitiva, reconoce, por un lado, el origen absoluto/retributivo de la pena, independiente de la idea de finalidad; por otro, a la vista de la evolución histórica del sistema penal, subraya que la pena no puede prescindir de una orientación de futuro. Es más, admite cualquier fundamento metafísico de la pena, pero al mismo tiempo prohíbe que cualquier especulación metafísica influya en la configuración empírica de la pena⁵⁶⁴.

Primitivamente, como se ha señalado, la retribución era una acción instintiva. Este carácter instintivo significa, *grosso modo*, que el castigo se aplicaba como una forma de autoafirmación y autoconservación individual y, en consecuencia, de la propia especie, en la medida en que la reacción se desencadena por alteraciones de las condiciones vitales. De este modo, reafirma Von Liszt, el castigo primitivo carecía de finalidad, porque era instintivo y no estaba regido por la voluntad en sentido estricto⁵⁶⁵. La constatación del carácter instintivo del castigo primitivo pone de relieve la relación entre el castigo y la ética. Al ser instintivo, el castigo no puede ser la expresión de un juicio de valor por parte del castigador. Por lo tanto, el castigo no tendría su origen en una acción del castigado reconocida como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. En consecuencia, el origen del castigo debe desvincularse de la ética; lo que no implica, por supuesto, que deban negarse o rechazarse los juicios éticos. La piedad, como acción instintiva, debe preexistir al juicio moral. De hecho, tal juicio presupone el conocimiento de un "código moral", como medida de los valores y máximas que deben regular el comportamiento humano. La acción instintiva, a diferencia de la voluntaria, se caracteriza por producirse sin ajustarse a una norma reconocida. En otras palabras, Von Liszt concluye que la ética es un producto de la historia humana, pero la piedad es anterior a la formación de dicho producto⁵⁶⁶.

La pena entendida en términos finalistas no puede prescindir de las observaciones empíricas. El progreso de la evolución espiritual -ya sea individual o de la humanidad en su conjunto- consiste, prosigue Von Liszt, en la transición de la acción instintiva a la acción voluntaria. La acción voluntaria es una acción motivada, dirigida hacia un fin. Es precisamente la finalidad el factor distintivo entre la acción instintiva y la acción

⁵⁶³ VON LISZT, F. *La idea de fin...*, cit., p. 63-64.

⁵⁶⁴ *Idem*, p. 64.

⁵⁶⁵ *Idem*, p. 68.

⁵⁶⁶ *Idem*, p. 75-78.

voluntaria, en la medida en que el instinto se pone al servicio del fin y la acción se adapta a una meta⁵⁶⁷. Por supuesto, la idea de adecuación a un fin significa que la pena no puede prescindir de observaciones empíricas. La pena entendida como fin significa que tanto los supuestos para su aplicación como el contenido y duración de la reacción, plasmada en la pena, se determinan en función de la adecuación al fin perseguido⁵⁶⁸. En definitiva, al asumir la idea de un fin, la reacción ciega e incontrolable se convierte en pena; la acción instintiva, en acción voluntaria⁵⁶⁹.

Dado que el castigo persigue un fin, debe reconsiderarse el alcance de la metafísica para la justificación del castigo. De hecho, señala Von Liszt, no existe ningún fundamento metafísico de la pena que pueda resolver el problema de su medida⁵⁷⁰. A la vista de las premisas adoptadas, el autor pudo concluir que la pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. La justicia, para el derecho penal, estaría relacionada con el respeto a la magnitud de la pena exigida por la idea de finalidad. En otras palabras: la vinculación completa del poder estatal a la idea de finalidad es la idea de justicia punitiva⁵⁷¹. El *quantum* de la pena, por tanto, no puede deducirse de un fundamento metafísico. El método para hallar el *quantum* necesario es el método de la sociología: la observación sistemática de las masas. Así, a través de la estadística criminal, podemos observar el delito como fenómeno social y la pena como función social, si se desea probar con algún empirismo su eficacia en la protección de bienes jurídicos y en la disuasión del delito⁵⁷².

Los efectos inmediatos de la pena son la corrección, la intimidación y la neutralización⁵⁷³. Al ser éstos los efectos, deben corresponder a diferentes categorías de delincuentes, de modo que la pena se dirija a cada categoría según su finalidad protectora⁵⁷⁴. Así, la pena tendría tres funciones: "1) corrección de los delincuentes que necesitan corrección y son capaces de ella; 2) intimidación de los delincuentes que no

⁵⁶⁷ *Idem*, p. 83-84.

⁵⁶⁸ *Idem*, p. 88-89.

⁵⁶⁹ *Idem*, p. 90.

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 95.

⁵⁷¹ *Idem*, p. 106.

⁵⁷² *Idem*, p. 108.

⁵⁷³ *Idem*, p. 112.

⁵⁷⁴ *Idem*, p. 114.

necesitan corrección; 3) neutralización de los delincuentes que no son susceptibles de corrección"⁵⁷⁵.

Claro que los fundamentos de la pena son distintos para cada autor, pero las bases para la clasificación de los fines de la pena proyectada al futuro son de Von Liszt. Adelante, se hace un recorrido por los fundamentos de cada rama de la pena preventiva (positiva y negativa, cada cual en su vertiente especial o general) permitirá cosechar los principales argumentos de cada finalidad, para que, al fin, se apliquen al sentido de la disminución de la pena⁵⁷⁶ para el delator, bajo el punto de vista que aquí se defiende.

3.3.2 Prevenciones especiales

La teoría de la prevención especial, en definitiva, entiende que la finalidad de la pena es hacer desistir al autor de futuros delitos, es decir, la pena tendría una función preventiva dirigida al individuo⁵⁷⁷. Las doctrinas de la prevención especial arraigaron notablemente bajo la influencia de la escuela sociológica positivista (italiana y alemana) en la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, antes, en la Península Ibérica, puede señalarse al correccionalismo como el precursor de las teorías de prevención especial⁵⁷⁸.

3.3.2.1 El correccionalismo krausista en Dorado Montero

Para analizar la relación entre correccionalismo y prevención especial, no se puede prescindir de los escritos, en España, de Pedro Dorado Montero. En efecto, Dorado es la figura más representativa del correccionalismo positivista ibérico⁵⁷⁹, y su obra refleja el

⁵⁷⁵ VON LISZT, F. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Edeval, 1994, p. 115.

⁵⁷⁶ Siempre sobraré la pregunta de si las razones de la disminución de la pena son las razones de la disminución. Puede que sean otras, que solamente se proyecten en la pena.

⁵⁷⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal ...*, cit., p. 85.

⁵⁷⁸ DIAS, J. de F., cit., p.104.

⁵⁷⁹ Dorado se inspira en Antonio Marro, al que considera tan importante como Lombroso, para estudiar el positivismo, pero intenta superar este pensamiento en su sentido más primitivo. Pero aunque observa en él el incipiente positivismo, identifica y elogia que “la nueva escuela [reclama] la existencia de algunas instituciones encaminadas a curar los delincuentes: por ejemplo, los manicomios criminales, los asilos para la infancia abandonada, las colonias penitenciarias etc”. DORADO MONTERO, P. *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana. Primera parte: el Derecho Penal*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación, 1891, p. 137.

determinismo naturalista⁵⁸⁰ influenciado por el krausismo⁵⁸¹ que tanto floreció en España en su momento⁵⁸², pero avanza en el humanismo al eliminar de todo derecho penal cualquier tipo de pena como retribución o incluso inocuización pura y simple, sino como elemento de mejora del carácter y del comportamiento social. Su texto está lleno de descreimiento en la libertad de la voluntad⁵⁸³, y en la determinación⁵⁸⁴ de factores

⁵⁸⁰ Jerónimo Montes, profesor eclesiástico del Colegio del Escorial, categorizó en su momento dos teorías de la *prevención especial*: el correccionalismo y la teoría psiquiátrica. Sus palabras son dignas de mención: “Los sistemas caracterizados por la prevención especial nos presentan, a su vez, otras dos teorías, de que ahora vamos a tratar, son la de la corrección o la enmienda y la psiquiátrica, por ser la corriente seguida por muchos médicos alienistas inspirados en las doctrinas lombrosianas o en las ideas materialistas del determinismo”. MONTES, P. J. *Derecho Penal Español*. v. I. San Lorenzo del Escorial: Imprenta del Real Monasterio, 1929, p. 131.

⁵⁸¹ Conviene recordar que las teorías de Karl Krause tuvieron una gran repercusión en España. Según Heredia, su obra fue introducida allí por Julián Sanz del Río a finales del siglo XIX. Sin embargo, los críticos afirman que su teoría no fue comprendida en su totalidad, aunque fue suficiente para moldear las ideas de libertad y, en el ámbito penal, la prohibición del castigo como venganza. Hay quienes sostienen que la propia generación de Francisco de Vitoria, del siglo XVI, por postular en la práctica los mismos ideales, debe ser entendida como krausista. La polémica se explica así: “Terminemos este primer apartado haciendo referencia a un asunto particularmente interesante, objeto de pasadas y aún no fenecidas controversias. Nos referimos a la polémica tesis de la raigambre hispánica del krausismo. ¿Deben o no deben ser comprendidos los krausistas dentro de aquella corriente de pensamiento española, típica y fértil, que arrancando de las Universidades de Salamanca y de Alcalá, de Luis Vives y Luis de León, de Alonso de Castrillo y de Francisco de Vitoria, de Teresa de Jesús y Luis de Granada, de Soto, Cano, Báñez, Suárez..., se ha caracterizado por su consistente apresto democrático y liberal, religioso y humanista?”. Pero lo cierto es que los krausistas españoles influyeron en la marcha de la nación española a finales del siglo XIX: “Con la Revolución de Septiembre se inaugura la época dorada del krausismo histórico, cuyo esplendor se mantiene prácticamente intacto hasta la caída de la primera República. Durante este período, los krausistas gozaron de un gran predicamento social y de un fuerte poder político, circunstancias que ellos aprovecharon para influir, sobre todo, en la organización de la enseñanza, en la vivificación del espíritu y en la orientación política general del país”. HEDERIA SORIANO, A. *El Krausismo Español*. [Madrid]: [Edicusa], [1975]. Disponible en: <http://www.ensayistas.org/critica/generales/krausismo/introd.htm>. Entre los influidos por el krausismo de la época se encontraba Dorado Montero. Pues Jerónimo Montes, tras encontrar sus orígenes más remotos en Platón, dice de la teoría correccionalista: “En la época moderna, se halla envuelta en las nebulosidades de la filosofía de Krause, fue aclarada y desarrollada por su discípulo Ahrens, y organizada como nuevo sistema penal por Roeder” MONTES, P. J. *Derecho Penal Español*, cit., p. 133-134.

⁵⁸² Recásens Siches hace hincapié en el krausismo español, señalando que más que un movimiento filosófico fue un movimiento cultural. Para él, “no es de extrañar, pues, como algunos han creído, que Krause, que tan escasa resonancia obtuvo en su patria alemana, llegara a ejercer en España una influencia considerable y prolongada, porque el krausismo español no ha de ser enfocado como un mero producto de filosofía sistemática, sino como una corriente espiritual renovadora, en la cual flotaron, con ejemplar libertad, muy variados elementos”. RECASSENS SICHES, L. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Mexico: Porrúa, 1963, p. 20.

⁵⁸³ Concepción Arenal, también conocida por su defensa del correccionalismo, sostenía que el delincuente debía tener un mínimo de libre albedrío. Por eso creía que era mejor utilizar en su lenguaje la palabra enmendar en lugar de corregir. Para el profesor, “Ya porque la palabra *corregir* se aplica indistintamente a cosas y a personas, lo cual no sucede con la de *enmendar*, ya porque ésta expresa un acto que no puede realizarse sin el concurso de la voluntad del sujeto, la enmienda es una cosa más íntima, más interior que la corrección; para enmendar es necesario corregirse” ARENAL, C., *Estudios Penitenciarios*. Madrid: Lib. de Victoriano Suárez, 1895, p. 208.

⁵⁸⁴ Cabe señalar que los factores biológicos más radicales son vehementemente rebatidos por Salmantino: “Claro parece que la existencia real del delincuente llamado ‘nato’ y del correspondiente ‘tipo criminal’ quedan desvanecidos” DORADO MONTERO, P. *El derecho protector de los Criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 59.

externos (sociales) e internos (psíquicos) para las acciones humanas⁵⁸⁵, quizá por su ateísmo casi completamente asumido⁵⁸⁶, y su relativismo moral alzado al interesante extremo de no ver en la diferenciación entre justos e injustos más que creaciones humanas y en las asociaciones criminales otra esencia que el Estado, la "sociedad justa por excelencia"⁵⁸⁷. Esto es lo que le hace oponerse a la pena segregadora, sencillamente porque no tiene ningún efecto social, no es curativa, y el autor lo ilustra: las medidas higiénicas, dice, no son remedios terapéuticos⁵⁸⁸. En segundo lugar, reconoce las buenas semillas sembradas por el correccionalismo de Röder y su *Besserungstheorie* - la protección regeneradora de los delincuentes⁵⁸⁹ -, pero con dos críticas esenciales: Röder consideraba al delincuente como un enfermo sin tener en cuenta las verdaderas *causas criminales*, que son congénitas y pueden investigarse y determinarse de modo naturalista⁵⁹⁰. La propuesta correccionalista de Dorado, en cambio, se basa en la posibilidad de conocer realmente el móvil de la acción humana, que es el resultado de la voluntad, y la voluntad, aunque casi totalmente ignorada por el individuo⁵⁹¹, es básicamente determinable. Al no preocuparse de encontrar los móviles determinantes de la voluntad criminal⁵⁹², que para Dorado radican en bases psicosociales⁵⁹³, Röder y los de

⁵⁸⁵ He aquí uno de los fragmentos que me parece más representativo: "La raza a que uno pertenece, el temperamento que tenga, el organismo fisiológico y psíquico que le haya sido transmitido, el mayor o menor desgaste de su sistema nervioso... Todo en fin lo que el hombre es, independientemente de su voluntad, y todo cuanto le rodea, son otros tantos elementos que contribuyen, cuando juntos cuando separados, a determinarle a obrar en éste o en el otro sentido, a que sea delincuente o a que no lo sea". DORADO MONTERO, P. *El derecho protector...* cit., p. 335.

⁵⁸⁶ Dice justo al principio de su obra capital sobre el correccionalismo que no sabe si Dios creó al hombre, "pero lo que sí es posible afirmar, en cambio, es que los hombres tienen aptitudes para crear a Dios y el mundo a su propia imagen y a su placer" DORADO MONTERO, P. *El derecho protector...*, cit., p. 07.

⁵⁸⁷ En sus palabras, "Yo pienso muchas veces en las llamadas asociaciones de malhechores, y veo en ellas una imagen de cualquiera otra asociación de las llamadas lícitas, y principalmente del estado, la sociedad justa por excelencia, la encargada precisamente, según se dice, de implantar en la vida el reinado del Derecho". DORADO MONTERO, P. *El derecho protector...*, cit., p. 33 Tal afirmación, claro, encuentra peso grande en la delación premiada.

⁵⁸⁸ "Las medidas de higiene no son remedios terapéuticos. Ni representan tampoco curación o restauración de los tejidos lesionados el colocarse una venda antes que la lesión se haya producido (...); Por eso he entendido siempre que las llamadas penas preventivas, como las intimidadoras o ejemplares, las de seguridad y las correccionales, cuyo objetivo es oponerse a los delitos posibles y temidos, no son penas propiamente, traducción de la responsabilidad penal, sino verdaderas medidas de precaución, análogas a todos los demás de su clase". DORADO MONTERO, P. *El derecho protector...*, cit., p. 113.

⁵⁸⁹ cf. DORADO MONTERO, P. *El derecho protector...*, cit., p. 190.

⁵⁹⁰ En su ilustración, "la voluntad del toro bravo ha de hallarse ligada con su bravura, y esta bravura ha de ser natural, congénita, con base orgánica" DORADO MONTERO, P. *El derecho protector*, cit., p. 209.

⁵⁹¹ *Idem*, p. 211.

⁵⁹² *Idem*, p. 194.

⁵⁹³ Oneca confirma que la diferencia básica entre el correccionalismo de Röder y el de Dorado radica en el determinismo que asumía este último. Y observa: "Pero desde el momento en que basó Dorado su Derecho protector de los criminales en la hipótesis determinista, colocando en el mismo plano al niño y al adulto, al sano de mente y al loco, hubo de renunciar la idea de responsabilidad, alejándose considerablemente de Röder y de los demás correccionalistas, quienes concebían al delincuente como hombre libre para dirigir

su tiempo no lograron el "Correccionalismo penal hodierno o del porvenir", en el que la pena no se encuentra en el delito, ni se mide por su cantidad o gravedad, sino "por la necesidad social transitoria que se experimenta de su uso"⁵⁹⁴. La pena es la corrección del ciudadano que la necesita, para conseguir únicamente un fin social, de modo que, en el extremo, "hay delitos sin delincuentes y delincuentes sin delitos". La función penal, dirá, **no necesita un delito**, una perturbación del orden o de la ley, para buscar al delincuente⁵⁹⁵, sino sólo una voluntad dirigida hacia el mal⁵⁹⁶. Este es el peligroso extremo al que llega Dorado, mientras mantiene la posición del primer correccionalismo, de que el régimen pedagógico⁵⁹⁷ y de tratamiento⁵⁹⁸, aplicado a los delincuentes juveniles, es la mayor guía a buscar.

Evidentemente, habrá ideas correccionalistas un poco menos rudimentarias, aunque no se pueda decir que sean menos radicales. En otras palabras, las corrientes correccionalistas existen hasta hoy, especialmente con las evoluciones neurocientíficas, y resultan mucho más convincentes que la percepción social-empírica de Dorado Montero. Con todo, pueden seguir postulando una curación que, en el límite, puede confrontar con el derecho del individuo a mantener su personalidad. Es una objeción ya clásica a las penas curativas.

su voluntad hacia el bien, así como la había dirigido anteriormente en el sentido del mal". ONECA, J. A. La teoría de la pena en los correccionalistas españoles (orig. 1960). In: *Obras I*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, p. 169.

⁵⁹⁴ DORADO MONTERO, P. *El derecho protector*, cit., p. 227.

⁵⁹⁵ Cf. DORADO MONTERO, P. *El derecho protector*, cit., p. 252.

⁵⁹⁶ En otra obra, Dorado explicará que "no es toda y cualquiera intención, sino precisamente la que se califica de mala, única que presupone peligro por parte del sujeto en que ella reside. Todos los actos humanos, para que puedan recibir la consideración de tales, tiene que ir animados por la intencionalidad, que vale lo mismo que decir por el estímulo o el aliciente de finalidad, más o menos inmediata". DORADO MONTERO, P. *La Psicología criminal en nuestro derecho legislado*. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1910, p. 160.

⁵⁹⁷ En una obra más reciente de Dorado encontramos su definición de "educação, que resulta não de "imponerse una personalidad a otra y subrogarse a ella, de suerte que esta última se quede negada [...] lo que se hace es tender a desarrollar la personalidad misma del educando, poniendo a este en tal disposición, que él por si propio se percate de la racionalidad o irracionalidad de una forma de conducta y se determine a seguirla o dejar de seguirla" Y sigue: "Su libertad e independendencia para la acción quedan intactas, al reves de lo que pasa cuando interviene la coacción externa". Dado que, en su teoría correccionalista, Dorado se refiere especialmente a la educación, cabría preguntarse cuál es el límite exacto de esa libertad, considerando que su obra capital denota su completa inexistencia. Esto se debe a que, si Dorado llegara a defender—lo que, cabe señalar, no hace expresamente—una voluntad no libre únicamente en quien tiene tendencia delictiva, su postura casi se equipararía a la de Röder, a quien critica, con la única diferencia de que, para el alemán, el acto delictivo es un elemento esencial de la punición.. DORADO MONTERO, P. *El derecho y sus sacerdotes*. Madrid: Imprenta de la revista de legislación, 1909, p. 552.

⁵⁹⁸ Cf. DORADO MONTERO, P. *El derecho protector...*, cit., p. 387.

Para comprender la evolución del pensamiento correccionalista, la autoridad de Jiménez de Asúa es paso obligado.

3.3.2.2 Jiménez de Asúa, psicoanálisis y *gulags*

Jiménez de Asúa, por su parte, se confiesa un penalista meramente observador de las teorías criminológicas y psicoanalíticas, en las que sin embargo profundizó para, casi medio siglo después de Dorado, construir un correccionalismo anclado en el determinismo psíquico. Más allá de las referencias a las teorías psicológicas que aparecen en su extenso tratado, Jiménez se ocupa específicamente del tema en su obra "Psicoanálisis criminal", publicada por primera vez en 1940 en Argentina. En su monografía, el profesor español compara, por un lado, las teorías psicoanalíticas de Freud y sus seguidores y, por otro, la teoría de la "psicología individual" de Adolf Adler, elogiándola como la más adecuada para su aplicación en la interpretación de la conducta criminal y las formas de corregirla.

Para Jiménez, las teorías psicológicas⁵⁹⁹ en general, cuando se utilizan para analizar la delincuencia, imponen una interpretación etiológica. A continuación, muestra que, en la búsqueda de esas causas de la delincuencia, la aportación más representativa del psicoanálisis freudiano será la definición de los diversos "complejos", que nacen en la vida anímica del niño, de forma inconsciente, y pasan a la consciente con diversas "formas compensatorias". A partir de ahí, explica con cierto detalle los ya conocidos "complejo de Edipo"⁶⁰⁰, "complejo de Electra" y el "complejo de Castración", para afirmar que, para el psicoanálisis, en el delincuente subyace un "sentimiento de culpa", que le hace intentar librarse del delito y así, inconscientemente, en lugar de temer la pena,

⁵⁹⁹ La afición de Jiménez por la interpretación psicológica de los criminales se hace patente en repetidas ocasiones. En su colección *Crónica del Crimen*, al describir diversos casos concretos, pronuncia repetidamente frases como: "En tan extraño episodio criminal, sólo debió tener voz la psiquiatría (*La defensa del Vampiro de Düsseldorf*, p. 143)", "La personalidad de Smith importa más que sus crímenes (*A sangre fría*, p. 173)", ("El médico con sus conocimientos del cuerpo y de la mente de los hombres, y el pedagogo con sus estudios de educación, han de ser llamados para que informen sobre el ejemplar humano que ha perturbado la paz social (*Peligros de la Peligrosidad*, p. 253), dentre tantos outros. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Crónica del Crimen*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 1994.

⁶⁰⁰ Es cierto que Jiménez de Asúa, aunque dedica largas páginas a estudiar las teorías de Freud, en un momento posterior - también considerando a sus seguidores y detractores en el propio campo de la psicología-, llegará a criticar la ortodoxia freudiana, especialmente sobre el *edipismo*, "el excesivo imperio que se concede al complejo de Edipo". JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Psicoanálisis Criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 305.

el **delincuente la desea**⁶⁰¹. Por lo tanto, el sentimiento de culpabilidad precede al delito y no es sólo su consecuencia. A través de un largo análisis de los principios psicoanalíticos, más allá de Freud, el autor encuentra en ellos la superación de la negación totalitaria del libre albedrío que existía, por ejemplo, en Ferri, que vinculaba la responsabilidad al mero hecho de vivir en sociedad. Por el contrario, para los buenos psicólogos, las acciones del hombre obedecen a una constelación heterogénea de motivaciones⁶⁰², tanto conscientes como inconscientes. Lo que es *consciente* debe contar para la responsabilidad penal, aunque la acción esté *determinada* por estos dos planos en su conjunto.

Junto al psicoanálisis freudiano, la obra de Jiménez de Asúa aborda la psicología individual de Alfred Adler⁶⁰³, que esclarece los fenómenos anímicos a través del "complejo de inferioridad", que el individuo trata de superar mediante "sobrecompensaciones" que desembocan en conflictos internos y externos. Para ella, la ofensa está causada por el mundo circundante y la reacción de la personalidad ante ese mundo, también en una nueva concepción determinista. Jiménez de Asúa se convirtió en un entusiasta de la *Individualpsychologie*, de la escuela adleriana, porque tiene más en cuenta el "desaliento social"⁶⁰⁴.

El profesor madrileño es muy crítico con las concepciones que llevan todo el psicoanálisis o la psicología individual al ámbito de la responsabilidad penal. Pero cree, y este es el punto, que la *Individualpsychologie* aporta soluciones a la teoría de la pena. Como sostiene que todo delincuente es siempre "un ser activo contra el complejo de

⁶⁰¹ "El complejo de Edipo hace surgir el sentimiento social de culpabilidad. El poseedor de este sentimiento, que no está satisfecho de sus deseos criminales, comete un acto criminal y exige para él una pena, con el designio de aplacar la consciencia delictiva de la culpabilidad reprimida. El sentimiento de culpabilidad y la autopunición preceden al acto delictivo y no son sólo su consecuencia" JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Psicoanálisis Criminal*, cit., p. 307.

⁶⁰² Gonzalo Fernández, al estudiar el libre albedrío en la culpa, señala cómo la psicología desestabiliza la creencia en la libertad: "La psiquiatría y la psicología contemporáneas constatan una realidad menos atractiva: el condicionamiento (psico-social) cada vez más agudo del individuo, atado a una cadena de pulsiones incognoscibles y reacciones no empadronables, de densa carga instintiva, sumido en una situación estructural de inestabilidad". FERNÁNDEZ, G. D. El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal. In: ZAFFARONI, E. R. *De las Penas: Libro-Homenaje a Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: De Palma, 1997, p. 224.

⁶⁰³ Como se ha aclarado en las notas metodológicas, no es objeto de este texto profundizar en la psicología, que abre un nuevo objeto de investigación. Así pues, Adler, Freud y Bühler se quedan en las referencias que les hacen los penalistas.

⁶⁰⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Psicoanálisis Criminal*, cit., p. 273.

inferioridad"⁶⁰⁵, rechaza cualquier tipo de castigo u otro efecto intimidatorio⁶⁰⁶, porque la retribución y la intimidación sólo agravan el problema en el delincuente. Esto explica, entre otras cosas, el fracaso total del sistema penitenciario, que el autor constata cuando elogia la experiencia de la "Colonia Bolchevique" en la Rusia soviética, donde los delincuentes son "sometidos a un tratamiento correccional y laboral, pero de tal forma que no se destruyen en ellos los sentimientos de comunidad y relación"⁶⁰⁷. Su tesis principal es, pues, seguir el dictado del psicoanálisis como vía útil para explicar las causas de la delincuencia, pero sólo de la psicología social para justificar el castigo, que debe **abolir** todo resultado expiatorio-intimidatorio⁶⁰⁸ y recurrir a la educación, que al fin y al cabo no excluye la defensa social. Y entonces coincide expresamente con Dorado Montero, en el sentido de que el futuro⁶⁰⁹ depara una Ley protectora de los delincuentes, y que "el delito no valdrá nada en sí mismo, y sólo habrá que tener en cuenta el estado de peligrosidad del sujeto"⁶¹⁰; los jueces serán verdaderos **médicos sociales**, que tendrán amplia discrecionalidad para fijar las penas que corrijan, porque la defensa social sólo existirá con carácter educativo y protector.

Como gran estudioso de la dogmática y, al menos en apariencia, crítico de los regímenes totalitarios, es curioso comprobar cómo Jiménez de Asúa supone una "Ley de Protección del Delincuente", en línea con Dorado Montero, alejada de tendencias no

⁶⁰⁵ *Idem*, p. 261.

⁶⁰⁶ "La intimidación fortifica la hostilidad del hombre contra la sociedad. Por eso debe suprimirse toda tendencia intimidante", JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Psicoanálisis Criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 275.

⁶⁰⁷ *Idem*, p. 291.

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 292.

⁶⁰⁹ Polaino Navarrete critica la adhesión de Jiménez de Asúa a las ideas de Dorado Montero. Aunque hay un "exceso de iluso entusiasmo científico", la aceptación del correccionalismo por parte de Jiménez es gradual, proyectada hacia el futuro, casi utópica. Para Jiménez, lo más importante es que las *medidas de tutela y salvaguarda* "como se comprueba en la evolución histórico legislativa del Derecho comparado, paulatinamente han ido ganando terreno a las penas y sucesivamente prevalecerá sobre ellas en aras de una más progresiva protección de la sociedad y de los criminales." POLAINO NAVARRETE, M. Sistema de penas y medidas de seguridad en el pensamiento de Jiménez de Asúa. *Revista de La facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. extra 11, p. 547-556, jun. 1986, p. 549. Sin embargo, Jiménez de Asúa niega que su adhesión a las teorías correccionalistas sea una utopía. Así lo afirma expresamente, refiriéndose a los comentarios de Dorado Montero: "Yo voy mas allá. **Nuestro Derecho será cancelado y solo la Criminología, ciencia causal-explicativa, completada con remedios, imperará en el futuro.** Acaso se me diga que ésta es una utopía. Rechazo la imputación. De ningún ideal puede decirse que es ajeno a este mundo". JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La ley y el delito*. Buenos Aires: Ed. Hermes, 1954, p. 81.

⁶¹⁰ A continuación, Jiménez postula los principios clásicos de la escuela correccionalista: "Los nuevos jueces, verdaderos 'médico sociales', gozarán del más absoluto arbitrio en la imposición de esas medidas, y los establecimientos penitenciarios se demolerán, para construir en su puesto Reformatorios, instituciones pedagógicas y tutelares y asilos curativos". JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Psicoanálisis Criminal*, *cit.*, p. 314.

liberales⁶¹¹, lo que creemos que sólo se explica en parte por sus fundamentos marxistas, que nunca ocultó. De la dialéctica entre el derecho liberal -que no abrazó- y el derecho totalitario, tuvo que surgir como síntesis⁶¹² el correccionalismo rescatado de Dorado Montero.

En este sentido, la versión correccionalista de Jiménez de Asúa tiene un claro sentido histórico: no podía defender los regímenes totalitarios de su tiempo (entre otras cosas porque vivía exiliado de un régimen dictatorial de derechas), pero tampoco podía propugnar un liberalismo amplio, dadas sus arraigadas convicciones marxistas. Esta distancia que mantenía con el propio liberalismo es quizá lo que le hizo abstenerse de cuestionar el derecho del delincuente a recibir la pena como castigo, pagando lo pactado *contractualmente* en la ley, en la norma secundaria, sin ser sometido específicamente o, en este caso, únicamente a castigo. En cualquier caso, hay que reconocer que el correccionalismo es mucho más coherente cuando se basa en una teoría determinista, aunque se base en supuestos psicológicos⁶¹³. El futuro, pues, de un Derecho penal centrado enteramente en la corrección y completamente alejado de la pena se basa en el determinismo, que implica una capacidad absoluta de corrección.

En América Latina, además de los escritos de Jiménez de Asúa, el correccionalismo llegó tardíamente. Figuras como Noé Azevedo defendieron el correccionalismo, por utópico que lo reconociera. Demuestra su creencia en la realización de un derecho no punitivo⁶¹⁴, analizando los escritos de Jiménez de Asúa, Dorado

⁶¹¹ Es Gimbernat Ordeig quien, haciendo hincapié en lo que España perdió con el exilio de Jiménez de Asúa, sostiene que las ideas del maestro eran "liberal-socialistas". Cf. GIMBERNAT ORDEIG, E. El exilio de Jiménez de Asúa. In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1990, p. 17.

⁶¹² En su Tratado, Jiménez de Asúa subraya que la lucha de las Escuelas Penales ha terminado, para iniciar una disputa política entre tendencias liberales y autoritarias, ya que sería falso "que estas hayan perecido en el campo de batalla". Y luego anuncia: "Tratamos mucho de que la democracia sea garantizada por un derecho penal liberal. Por esto no sólo no es historia pasada, sino que apenas es presente. El porvenir llega y en él aguarda, seguro de su incruenta victoria, el derecho protector de los criminales que soñó Dorado Montero". JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal - Tomo I*. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 230.

⁶¹³ No puede pasarse por alto que el acercamiento de Jiménez de Asúa a la psicología, como elemento determinante, fue una muestra más de la gran forma de intuición del autor español, a quien, como dice Muñoz Conde, "nunca pasó inadvertido la necesidad de una Ciencia que abarcara todos los aspectos científicos relativos al delito". A intuição de que as ciências da mente chegariam a prever comportamentos é relevante, e é pressuposto lógico, cremos, do correccionalismo. Cf. MUÑOZ CONDE, F. Jiménez de Asúa y la Ciencia del Derecho. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luís Jiménez de Asúa*, Madrid, n. 11, jun. 1986, p. 469.

⁶¹⁴ "Queremos crer que, em futuro embora remoto, consigamos instituir um tratamento inteiramente benéfico ao criminoso e que deixe de envolver a ideia de castigo imposto pela reprovação pública" AZEVEDO, N. *As garantias de liberdade individual em face das novas tendências penais*. 1936. Dissertação para inscrição em Livre-Docência na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1936, p. 242.

Montero y Concepción Arenal, y adoptando la posición de que "predicamos la transformación de la pena en tratamiento"⁶¹⁵, y que, a pesar de pensar que en el futuro podría concederse la idea de que habría "pena con amor fraterno", sostiene que "hemos avanzado tanto en la orientación pedagógica y curativa del tratamiento penal que no debemos desesperar de una transformación completa de la llamada 'política criminal'"⁶¹⁶, y con ello se refiere al fin total de la pena. De hecho, la tesis de Noé Azevedo, que vivía el auge del nazismo y lo describía como "una involución del Derecho"⁶¹⁷, era que era el sentido humanitario⁶¹⁸ el que debía hacer **desaparecer por completo el castigo** y tomar el relevo el correccionalismo, basado en nuevas técnicas pedagógicas y curativas⁶¹⁹.

3.3.2.3 La inocuización del positivismo sociológico

Mucho antes de la idea de inocuización y *Feindstrafrecht* en Jakobs, el positivismo social, basado en fundamentos más elementales de la lógica empirista del siglo XIX, ya concebía prevenciones negativas más radicales: la inocuización del individuo peligroso. De manera no absoluta, esta constituye la vertiente de prevención negativa para el individuo (especial): el alejamiento del condenado, quien queda impedido de cometer un nuevo delito.

El empirismo de Garófalo es claro en su rechazo a un concepto jurídico de delito. La sociología no podía depender de esa – por usar términos contemporáneos – intervención normativa. Por lo tanto, es necesario definir, como premisa, si existe un delito natural. Es decir, ¿habría un conjunto de conductas que siempre han sido y serán

⁶¹⁵ AZEVEDO, N. *As garantias de liberdade individual*, cit., p. 251.

⁶¹⁶ *Idem*, p. 255.

⁶¹⁷ *Idem*, p. 249.

⁶¹⁸ En este sentido, Noé Azevedo estaría más cerca de Röder en la definición de Lyra de la escuela humanista. Según el autor, “a Escola Humanista, depois de demonstrar a ligação entre o conceito de Justiça como suprema virtude moral e a exigência da educação, conclue, do ponto de vista jurídico, que o homem é imputável porque é educável, razão por que a imputabilidade se funda na educabilidade” Y añade: “Como afirmar a incorrigibilidade do réo, si nada se fez ainda para educal-o? D’ahi a necessidade, para os humanistas, de novo systema penitenciário”. LYRA, R. *Novas Escolas penaes*. 1936. Dissertação apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro para Cátedra de Direito Penal, 1936, p. 178-179.

⁶¹⁹ Sobre correccionalismo actual, véase nuestro: RODRÍGUEZ, V. G. Correccionalismo y no-repetición: el papel de las neurociencias en un derecho penal sin dolor. In: DEMETRIO CRESPO, E. *Derecho Penal y Comportamiento Humano* (org). Valencia: Tirant lo Blanc, 2023

consideradas delito por todas y cada una de las sociedades?⁶²⁰ El autor cree, empero, que la pregunta podría ser perfeccionada: ¿existen delitos contemporáneos que hayan sido considerados acciones punibles en todas las épocas y países?⁶²¹ Tras un breve análisis histórico, Garófalo asume que no existe tal grupo, lo que no impide, sin embargo, desarrollar un concepto de delito natural. De hecho, el delito siempre hiere el "sentimiento moral" de una comunidad, que es variable espacial y temporalmente⁶²². Así, los delitos se entienden socialmente como conductas nocivas e inmorales; además, el delito debe violar los sentimientos altruistas en la medida media en que los posee todo un pueblo⁶²³. Este sentimiento altruista fundamental consistiría básicamente: piedad (en el sentido principalmente de no causar sufrimiento físico a los demás) y probidad (honradez)⁶²⁴.

Con ello, Garófalo pasa a estudiar, en su modo sociólogo-determinista, el individuo delincente. Según Garófalo, la educación es una forma de influir en el comportamiento delictivo. Sin embargo, en línea con sus premisas biológicas, este autor afirma que la creación artificial de un buen carácter es siempre poco estable, mientras que la ausencia de carácter tiene rasgos más permanentes⁶²⁵. En cuanto a las influencias económicas, el autor no asienta que las privaciones influyan mucho en el número de delitos. Sin embargo, reconoce que, excepcionalmente, habrá casos de delitos cometidos para satisfacer necesidades humanas básicas⁶²⁶; afirma que la delincuencia en las clases bajas no es mayor que la delincuencia en las clases altas, porque la educación y los ingresos no determinan el comportamiento delictivo⁶²⁷. De hecho, según el autor, la inmoralidad social siempre encuentra una forma de manifestarse. Así, cuando disminuyen los delitos contra la persona, aumentan los delitos contra la propiedad. Y al revés⁶²⁸. La ley, por último, es una de las influencias que se ejercen sobre el delincuente. La pena, por tanto, debe ser lo suficientemente aflictiva como para, por un lado, conseguir que el castigo conduzca a una situación global peor que la del delincuente en su momento de

⁶²⁰ GARÓFALO, R. *La criminología*: Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Traducción: Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 04.

⁶²¹ *Idem*, p. 05.

⁶²² *Idem*, p. 05-06.

⁶²³ *Idem*, p. 22.

⁶²⁴ *Idem*, p. 31.

⁶²⁵ GARÓFALO, R. *La criminología*, cit., p. 116.

⁶²⁶ Cf. *Idem*, p. 131-140.

⁶²⁷ *Idem*, p. 143.

⁶²⁸ En su metáfora, Así, la delincuencia es como el océano: el movimiento de las olas sólo da la impresión de un cambio de volumen. *Idem*, p. 148-149. En sentido próximo: NICEFORO, A. *La transformación del delito en la sociedad moderna*. Traducción: Constancio Bernaldo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902, p. 05 e ss.

libertad y, por otro, tener algún efecto inhibitor, que tendría su máxima expresión con la pena capital⁶²⁹. Es más, dado que la igualdad no es un elemento de la naturaleza, la pena no debe aplicarse a todos por igual. Una multa para un rico es diferente de una multa para un pobre. La cárcel para un vagabundo es como un hotel pagado⁶³⁰. En otras palabras, la pena debe adecuarse al delincuente.

Evidentemente, hay muchos autores que van a, actualizando su discurso, buscar la justificación de la pena en la prevención especial, bien sea positiva, como en el correccionalismo, bien sea negativa, como en Garófalo⁶³¹ o, como se va a ver más adelante, en Jakobs. Las neurociencias de hoy, que abordamos en otros momentos, ofrecen la esperanza de penas que no dependan del dolor⁶³². Sin embargo, pueden enfrentar una serie de derechos fundamentales, como la dignidad. Aun así, esas concepciones más contemporáneas pueden escapar de algunas críticas, que se enumeran.

3.3.2.4 Críticas a las prevenciones especiales

Aunque las críticas a las teorías de la prevención especial sean diversas, es posible sistematizarlas en cuatro grupos. En primer lugar, quizá el reproche más grave es que, a diferencia de la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial no proporciona parámetros claros para la medición de la pena. En efecto, habida cuenta de su finalidad, una pena para delito más grave debería consistir en la detención del condenado durante el tiempo necesario para su resocialización/curación y este objetivo podría perseguirse

⁶²⁹ GARÓFALO, R. *La criminología*, cit., p. 180 y 189.

⁶³⁰ *Idem*, p. 261-262.

⁶³¹ Cf. RODRÍGUEZ, V. G. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25-28. MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S. *Direito penal. Lições fundamentais. Parte geral*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 907-908.

⁶³² La idea dominante hoy parece ser la que tan bien expone Alvino Sá: “A consciência individual deve sempre continuar livre, tanto para praticar o bem como para praticar o mal. Além da indicação ética, o Direito tem uma indicação política, voltada para a garantia das liberdades individuais” SÁ, A. A. de. A reintegração social dos encarcerados: construção de um diálogo em meio às contradições. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun 2011, p. 07. En los libros de texto, el tema ha perdido relevancia. Una excepción es la obra de Flávio Monteiro de Barros, que incluye el correccionalismo de Jiménez de Asúa en las “Escuelas Eclécticas” del derecho penal, comentando que “de hecho, no se puede negar que permite al derecho penal respirar en términos más humanos, eliminando por completo el carácter represivo de la pena”[BARROS, F. M. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.], pero los argumentos en este sentido son ironizados por Luís Greco, en un estudio que retoma su monografía sobre Feuerbach: “afinal, será realmente preciso mencionar uma razão de conveniência para justificar a exigência de tratar humanamente outros seres humanos?” GRECO, L. Conveniencia e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito penal. *RBCCrim*, n. 95, 2012, p. 61.

estableciendo penas de duración indefinida. Es más, si fuera síntoma de una personalidad desviada, podrían imponerse penas muy largas por delitos menos graves, sólo para evitar, en el individuo, la repetición de nuevos delitos de esta magnitud⁶³³. De hecho, sería posible concebir un tratamiento resocializador basado únicamente en el grave riesgo de criminalidad que representa el individuo, y no precisamente en un delito que ya haya cometido. Todas ellas constituirían intervenciones que irían mucho más allá de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que podría ser deseable y estar permitido en un Estado de Derecho liberal⁶³⁴. En segundo lugar, se critica la teoría de la prevención especial por una intervención ilegítima en la formación de la personalidad individual: "¿con qué derecho se debe permitir que los ciudadanos adultos sean educados y tratados por el Estado?"⁶³⁵. En opinión de Figueiredo Días, la función moralizadora del castigo debe rechazarse por ilegítima. Lo mismo ocurriría con el tratamiento médico. En un Estado de Derecho, sólo el contenido mínimo de socialización, es decir, la prevención de la reincidencia, es aceptable como función de la pena⁶³⁶. En tercer lugar, la idea de la prevención positiva especial tropieza con dificultades en los casos en que el delincuente no carece de socialización⁶³⁷. Este problema es muy evidente no solo con delincuentes culpables, sino también con personas que han cometido delitos dolosos graves, pero que no presentan riesgo de reincidencia, ya sea porque el hecho delictivo se produjo en circunstancias

⁶³³ En este sentido, Jakobs subraya que la prevención especial viola el principio del hecho: "Na prevenção geral, é possível – ao menos nominalmente – limitar a responsabilidade à medida do prejuízo que o agente, por meio de seu fato, tenha trazido à eficácia normativa (prevenção geral positiva) ou à expectativa fática da obediência normativa (prevenção geral negativa). Contrariamente, na prevenção especial, é impossível, de antemão – com exceção dos delinquentes ocasionais – desviar o agente apenas da punição dos crimes iguais aos que ele cometeu, deixando-o, ademais, sem tratamento. Não existe uma forma de dissuadir o agente unicamente de cometer furtos e fraudes de média gravidade ou outros crimes, i.e., apenas crimes do tipo dos que ele praticou. Ainda que não se siga o princípio do tudo ou nada, mas que se aceite que o ser humano pode ser mais ou menos socialmente adaptado, carece de senso prático – ao menos na maioria dos casos – a ideia de que é possível adaptar uma pessoa não adaptada somente segundo o tipo e a medida do crime por ela cometido. A teoria da prevenção especial precisa, portanto, abandonar o princípio do fato: o fato é tão-somente a causa do tratamento". JAKOBS, G. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 48.

⁶³⁴ ROXIN, C. *Derecho Penal, cit.*, p. 88. ROXIN, C. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Traducción: Ana Paula Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 20. También Frisch pondrá de manifiesto que la prevención general positiva (que para él se confunde en algún momento con las medidas de seguridad), por ser positiva, sea vista como un bien ilimitado. Al revés, se trata de una intervención radical y, por ello, necesita legitimación: "Ambos deberes, por principio, deben ser satisfechos por igual. La injerencia sobre los derechos del potencial autor, motivada en la prevención especial, en tanto significa dejar de lado parcialmente la pretensión de respeto, de antemano sólo puede ser justificada en tanto ella resulte imprescindible" FRISCH, W. Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, *Indret*3/2007, p. 21

⁶³⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal, cit.*, p. 88. ROXIN, C. Sentido e limites da pena estatal, *cit.*, p. 22.

⁶³⁶ DIAS, J. de F. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal, *cit.*, p. 106.

⁶³⁷ *Idem*, p. 106.

absolutamente irrepetibles o porque las nuevas condiciones temporales hacen imposible la comisión de nuevos delitos. Un ejemplo son los asesinos de los campos de concentración: muchos de ellos, tras la guerra, han vivido plenamente integrados en la sociedad y no representan ningún riesgo para esta. ¿Se puede aceptar su impunidad?⁶³⁸ Ése tema es discutido en términos de justicia transicional⁶³⁹: por que sería necesaria cualquier sanción penal para autores de delitos graves en sistemas autoritarios, si la base de la nueva justicia es la desaparición total del régimen que causaba tales acciones?

También, hay que señalar que todavía no se ha podido desarrollar una práctica de resocialización de los delincuentes reincidentes que sea eficaz del todo para delitos graves, principalmente cuando, como aquí, se abordarán los delitos que dan más sentido al premio al delator: la criminalidad organizada. No tiene sentido fijar un objetivo preventivo ante una constante falta de éxito. Los altos índices de reincidencia indican que los reincidentes no aprenden nuevos valores y que, tras la cárcel, suelen tener dificultades para reintegrarse en la sociedad precisamente a causa de la condena anterior. Estas constataciones conducen a un "cansancio resignado", expresado en el lema internacionalmente reconocido: "*nothing works*"⁶⁴⁰.

La reincidencia es un elemento-clave para la crítica a las penas preventivas especiales. Mayormente si pensamos en las nuevas técnicas de intervención cerebral, que prometen curaciones a tendencias criminales. Es un punto que, a día de hoy, consideradas las discusiones criminológicas, no se puede dejar de abordar.

3.3.2.5 Nueva prevención especial: el papel de las neurociencias

Los estudios neurocientíficos han aportado numerosas novedades sobre la naturaleza de la pena. Básicamente, una serie de experimentos demuestra que el cuerpo

⁶³⁸ ROXIN, C. *Derecho Penal*, cit., p. 89. ROXIN, C. Sentido e limites da pena estatal, cit.

⁶³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE nota como la teoría de Roxin fue utilizada en la justicia transicional de Argentina. Véase nota en 7.5

⁶⁴⁰ Cf. ROXIN, C. *Derecho Penal*, cit., p. 89. RODRÍGUEZ, V. G. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26. Juárez Cirino, por su parte, basándose en las críticas a las teorías de la prevención especial, propone una nueva concepción de la reincidencia: *se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante*". SANTOS, J. C. dos. *Direito penal*. Parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 571.

(no solo el cerebro) del individuo es causante del comportamiento y, en consecuencia, de la conducta socialmente desviada. En caso de aceptarse esta casi-conclusión de las neurociencias sobre las causas exclusivamente físicas de toda actuación, habría que negar el estado de libertad de la mente del individuo, lo cual tendría consecuencias especialmente significativas en el concepto de culpabilidad. El tema de la libertad de querer y, por ende, los fundamentos de la culpabilidad son base para la consideración de la pena, pero aquí no puede ser abordado⁶⁴¹.

En este momento, lo relevante es que las neurociencias, al prometer una capacidad de intervención curativa en comportamientos desviados, refuerzan la prevención especial, en un enfoque que, por su carácter innovador, creemos que conlleva un camino intermedio entre el aspecto positivo y el negativo. Cuando un cerebro⁶⁴² es manipulado para que *deje* de poder conformar un camino neural a una acción delictiva, bien sea por medicación, por intervenciones quirúrgicas o por condicionamiento comportamental, se está a la vez *inocuiando*, es decir, estableciendo una incapacidad (negativa, por lo tanto) de delinquir, a la vez que se estimula el comportamiento conforme a la regla social, positivando valores. Todo ello dicho, claro, a muy grandes rasgos, a sabiendas de que hay mucho que evolucionar en la medicina para alcanzar intervenciones penales fiables en general. El sueño de “descifrar el arca sagrada”, a que Ramón y Cajal aludía⁶⁴³, con toda su autoridad en el tema, todavía no está cabalmente realizado.

Ambas las capacidades de esas penas curativas, a partir de las neurociencias, renuevan una tendencia humanitaria: la supresión del dolor en derecho penal⁶⁴⁴. Una sanción, en cualquier de sus funciones preventivas, que no obligue necesariamente al *sufrimiento* del cuerpo es un anhelo que se revitaliza *a partir* de esos estudios médicos, pero va mucho más allá: las penas pecuniarias, la pérdida de bienes y, claro, el perdón de

⁶⁴¹ . Nos remitimos a otros estudios de nuestra autoría sobre el tema : Véase RODRÍGUEZ, V. G. *Livre Arbitrio e Direito Penal: revisão frente aos aportes das neurociências e à evolução dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁶⁴² Se sabe que el *cerebro* aquí es casi una antonomasia, ya que los neurocientíficos apuntan que el proceso de decisión es de todo el sistema nervioso corporal, incluso la médula.

⁶⁴³ Los reconocidos esfuerzos del premio Nobel Ramón y Cajal en descifrar el sistema de neuronas anhelaban encontrar el 'germen de las verdades eternas'. En sus palabras: "Entonces, el hombre será verdaderamente rey de la creación, porque habrá alcanzado el triunfo más glorioso y trascendental de la vida: la conquista de su propio cerebro; es decir, el esclarecimiento del formidable misterio; la solemne toma de posesión del arca sagrada, resumen y síntesis del cosmos, en cuyo seno duermen inviolados los gérmenes de las verdades eternas" RAMON Y CAJAL, S. Prologo. In: MAESTRE, T. *Introducción al Estudio de la Psicología Positiva*. Madrid: Bailly-Bailliere, 1904, p. 21

⁶⁴⁴ Véase nuestro RODRÍGUEZ, V. G. Correccionalismo y no-repetición, *cit.*, p. 202-205.

los delatores son todos caminos del llamado **derecho penal sin dolor**⁶⁴⁵. La relación entre la disminución de la pena y la delación se abordará en otro momento, pero no puede dejar de señalarse que las curas neurocientíficas poseen un matiz de neo-humanización de la pena, que reafirma planteamientos previamente relegados, como los expuestos por Röder y Dorado Montero.

Ahora bien, caso se admita que las neurociencias asuman un proceso curativo en el individuo, cambiando la pena-sufrimiento por la *sanación* con avanzadísima tecnología, habría que pensar que el condenado, sometido a determinada intervención médica, jamás actuará de modo análogamente ofensivo. Aunque ningún médico pueda garantizar la no-reincidencia, como se ha defendido en otro texto⁶⁴⁶, la garantía de no-repetición sería la única forma de legitimar la pena correccional.

Por lo tanto, la pena correccional demandaría algo como esta secuencia, que aquí se enuncia en líneas muy generales⁶⁴⁷: (1) el individuo imputable comete el injusto culpable; (2) por determinación del juez, el médico asume que hay condiciones curativas para el sujeto, aunque sea éste imputable; (3) el juez reconoce ser razonable la aplicación del *perdón* al delito cometido, renunciando a la retribución y a las funciones preventivas generales de la pena, siempre y cuando la medicina avale la no-repetición; (4) el condenado consiente en recibir la curación, acepta el perdón parcial a su delito y confirma el deseo de no reiterar acción de la misma naturaleza; (5) el condenado se somete a la intervención o tratamiento propuesto por el médico neurocientífico.

El punto en que se interrumpe esta hipotética secuencia plantea, desde luego, otro interrogante ya evidente para el lector: ¿a quién se imputaría la eventual responsabilidad por la repetición de un delito homólogo por parte del 'curado'? El médico, el Estado y el propio reincidente parecerían tener cabida en esa relación de imputación, dependiendo de la interpretación que se otorgue a la cadena de eventos que, en el momento del tratamiento curativo, era más bien imprevisible.

⁶⁴⁵ Aunque con muchas vertientes, el tema fue colocado en pauta en iberoamérica en gran medida por la obra *Malum Passionis*, de Silva Sánchez. La obra será vista en más detalle adelante, en 6.8.

⁶⁴⁶ RODRÍGUEZ, V. G. Correccionalismo y no-repetición, *cit.*

⁶⁴⁷ La explicación más detallada de esa secuencia, incluso haciendo la diferencia entre 'garantía de no repetición' y la 'posición de garante' cuando se trata de heteroindividualidad, está en el ya referido: RODRÍGUEZ, V. G. Correccionalismo y no-repetición, *cit.*

Desde la perspectiva aquí planteada, empero, al individuo reincidente no se le puede imputar la responsabilidad por el delito cometido después de la intervención curativa. La hipótesis de que el delito fuese resultado del incumplimiento de su promesa de no volver a delinquir entra en contradicción con el fundamento mismo de la pena correccional. Basta señalar que dicho incumplimiento solo sería imputable al sujeto si derivase de su libre voluntad, pero la existencia de esta contradice los fundamentos de la pena correccional⁶⁴⁸.

De ahí que el comportamiento delictivo posterior solamente puede ser atribuido a un defecto en la intervención neurocientífica correccional, y eso, por su parte, plantea nuevas cuestiones: básicamente, saber si médico y Estado responden por el fallo en la corrección del individuo como si hubiesen actuado en la comisión del delito que el tratamiento se propuso a evitar.

La definición de la posición de garante necesitaría eliminar una serie de circunstancias que, aunque no sean la voluntad libre del individuo, se pueden prever en el momento de la imposición de la intervención neurocientífica, a ejemplo de la propia probabilidad estadística de la ineficacia del tratamiento. Ello conduciría a regresar al momento de la imposición de la pena y preguntarse si es legítimo someter a alguien a un tratamiento que tiene probabilidad de no ser al cien por cien eficaz, lo que transformaría el presentecamino argumentativo en una espiral infinita⁶⁴⁹.

La conclusión posible es que las neurociencias posibilitan o posibilitarán la curación del individuo, pero solo el cumplimiento de las contemporáneas reglas jurídicas de perdón, que serán analizadas en el capítulo 06, puede legitimar una renuncia a la pena retributiva o preventiva general⁶⁵⁰. De este modo, las nuevas escuelas correccionalistas deben formularse cuestiones paralelas a las que se plantean respecto a los perdones de la

⁶⁴⁸ En otras palabras, la pena curativa sólo se admite como sustitución del castigo penal porque se ha dado por sentado que la intervención neurocientífica jamás podría ser vulnerada posteriormente por un elemento tan etéreo como el 'libre albedrío' del individuo.

⁶⁴⁹ Evidentemente, una pena basada exclusivamente en la prevención especial carece de legitimidad. Roxin lo expone de manera general, a partir de su conocida propuesta de múltiples finalidades de la pena: : “a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações” ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2.ed.Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993, p. 22

⁶⁵⁰ El perdón, empero, conlleva sus propias implicaciones, con lo cual ese llamado ‘fin del dolor’ en derecho penal no es libre de consecuencias. Todo ello será analizado en el capítulo 06.

justicia restaurativa y transicional, o la delación premiada, como la sedimentada garantía de no-repetición y las consecuentes responsabilidades por su incumplimiento.

3.3.3 Prevención general

Las teorías de prevención general no buscan la finalidad de la pena en la retribución del mal causado por el comportamiento del autor, ni en la influencia que la sanción pueda tener sobre el delincuente. Por el contrario, las teorías de prevención general consideran el impacto que la sanción – por imposición o tan solo por amenaza – tienen en la sociedad. Al ser una hipótesis orientada a objetivos, también es una teoría relativa, es decir, no absoluta (como la teoría retributiva). Sin embargo, a diferencia de la prevención especial, aquí la pena no debe actuar especialmente sobre el condenado, sino colectivamente sobre la comunidad. De ahí la prevención *general*⁶⁵¹. Según Roxin, el punto de partida ideológico de la teoría de la prevención general es la prevención de los delitos, orientada hacia la misión de protección del Derecho penal; sin embargo, desde la perspectiva de la prevención de los delitos, no basta con que la pena actúe sólo sobre los reincidentes, sino que la pena debe prevenir los delitos en general, colectivamente⁶⁵².

La doctrina señalará algunos puntos fuertes de la prevención general, en comparación con la especial. Primero, desde una perspectiva de prevención general, la ausencia del peligro de reincidencia no implica la renuncia a la pena, ya que la sanción seguirá siendo necesaria como forma de no incitar a la imitación de actos que quedarían impunes. Además, la prevención general no prescinde de descripciones detalladas de los comportamientos normativamente proscritos – por lo tanto, no se puede sustituirlas por pronósticos de peligrosidad difícilmente conciliables con el concepto de Estado de Derecho. Bien al revés, una descripción lo más precisa posible de las conductas vetadas es fundamental para que los ciudadanos puedan distanciarse de determinados comportamientos⁶⁵³. Por último, una clara ventaja teórica de la prevención general sobre la prevención especial es que se basa en supuestos psicosociales. Así, frente a la crítica de que cada infracción demuestra la ineficacia de la prevención general, se puede

⁶⁵¹ ROXIN, C. *Derecho Penal, cit.*, p. 89.

⁶⁵² ROXIN, C. *Derecho Penal, cit.*, p. 92.

⁶⁵³ *Idem*, p. 92.

argumentar que su eficacia queda confirmada por el hecho de que, mayoritariamente, la comunidad se comporta de acuerdo con el ordenamiento jurídico⁶⁵⁴.

No obstante, la prevención general encontrará críticas potentes. En efecto, al igual que la prevención especial, no establece una medida de delimitación de la pena. Así, al menos en su aspecto negativo, siempre existe el riesgo de que la pena se convierta en terror de Estado. Además, la crítica retribucionista de que la finalidad preventiva de la pena menoscaba la dignidad humana tiene mayores repercusiones en la prevención general. De ahí que, en la prevención especial, la resocialización debe (también) ayudar al condenado; en la prevención general, la pena se aplica por el dicho bien de la comunidad, que nos remite directamente al utilitarismo. Por último, subraya Roxin, "la teoría de la prevención general comparte con la teoría de la retribución el defecto de no poder dar ningún impulso a la ejecución de la pena". Este defecto se deriva del hecho de que la prevención general se orienta hacia la comunidad y no hacia el autor del delito. Este aspecto problemático se acentúa en la vertiente negativa de la prevención general, en la medida en que la ejecución de una pena con el objetivo de meramente intimidar a los ciudadanos "incitará más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera, perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad"⁶⁵⁵.

Como es conocido, la teoría de la prevención general fue desarrollada en su forma más eficaz por Feuerbach, la llamada teoría de la coacción psicológica⁶⁵⁶.

3.3.3.1 Prevención general negativa

La prevención general se refiere a la medida que no pretende influir en el condenado, sino en la sociedad en general. Esta prevención general es negativa cuando su propósito es disuadir a la colectividad de cometer delitos. Grosso modo, su función es lograr que aquellos que tengan alguna inclinación hacia el delito abandonen cualquier

⁶⁵⁴ "Hasta qué punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil de determinar de forma fehaciente". ROXIN, C. *Derecho Penal*, cit., p. 92-93.

⁶⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 93.

⁶⁵⁶ *Idem*, p. 89-90.

impulso restante para llevarlo a cabo, al verse atemorizados por la sanción aplicada a otro individuo.⁶⁵⁷

Por lo tanto, la prevención general negativa puede interpretarse como el efecto de intimidación que la imposición de la pena a un ciudadano ejerce sobre todos los demás⁶⁵⁸. Esta es quizás la idea más antigua del utilitarismo en el derecho penal, transfiriendo a quienes potencialmente cometerían delitos el temor generado por una pena ya aplicada o simplemente prevista en el ordenamiento. La diferencia entre la fuerza intimidativa de la sanción penal prevista y la de la sanción penal aplicada es un aspecto que deberá analizarse en el futuro, especialmente al cuestionar la fuerza de la delación premiada como un mero ente *in abstracto* en el ordenamiento para la intimidación.

En este momento, no profundizaremos en las implicaciones de la prevención general negativa, tan clásica, sino que expondremos dos críticas, una de ellas bastante evidente: aplicar la pena con fines de intimidación es una táctica cercana a la guerra, lo que tiende a motivar que las penas se vuelvan cada vez más severas y crueles. Como consecuencia, cualquier intento de proporcionalidad entre la pena y el delito se enfrenta a la prevención general negativa: un castigo moderado para un delito de menor gravedad sería inútil para cumplir esta función.

La segunda crítica es menos contundente, pero igualmente racional. No existen pruebas concretas de que el efecto de intimidación sea efectivo, ya que los motivos que llevan al delito son complejos y van más allá del cálculo entre la posibilidad de castigo y su severidad. Sin embargo, aunque es evidente que un único contra-estímulo no es suficiente para disuadir completamente al posible infractor de su intención de delinquir, la experiencia —principal reguladora del sistema penal— indica que la amenaza de castigo sigue siendo la fórmula más eficaz en el derecho penal. Dentro de este conjunto

⁶⁵⁷ Bentham incorpora a la prevención general negativa la idea del cálculo utilitarista: “Todo o homem se governa nas suas ações por um cálculo, bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão apurada: lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência duma ação; esta idéia faz um certo abalo no seu espírito para lhe retirar o prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais que o valor total do prazer, é natural que a força, que o afasta do crime, venha por fim a vencer e que não tenha lugar o desatino” ⁶⁵⁷ BENTHAM, J. *Teoria das Penas Legais*. Traducción: M. Dumont. SP: Logos, SD, 1972, p. 22.

⁶⁵⁸ REALE Jr defiende que la prevención general negativa se da en el momento en que la norma entra en abstracto en el ordenamiento: “No momento da cominação legal, como imperativo dirigido a todos os membros da sociedade, fixando-se os âmbitos do proibido e do permitido, a pena exerce uma função intimidativa e assecuratória à sociedade de que aquele valor que pode ser atingido pela ação delituosa está sendo protegido, por via da ameaça e se infligir um mal se esta ação não vier a ser realizada”. REALE JR., M. *Instituições de Direito Penal: Parte geral*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45.

de factores para la toma de decisiones, se destaca ahora el valor añadido que el delincuente podría dar a la probabilidad de evitar ser atrapado por las fuerzas del Estado. Si esta posibilidad de impunidad es considerable, la crueldad del castigo pierde eficacia de forma inversamente proporcional, de modo que la instrumentalización del sufrimiento del condenado resulta casi ineficaz⁶⁵⁹.

No faltarán teóricos que derivarán de estas contradicciones de la prevención general negativa la idea de que la pena es un derecho de guerra, y por lo tanto, un instituto extrajurídico. Esta parece una concepción bastante razonable, ya que la pena, al presentarse como un ejemplo negativo para los ciudadanos, no encaja en la racionalidad asociada a elementos centrales del derecho penal, como el desvalor de la acción, del resultado, el dolo o la culpabilidad, cuando menos. La afirmación de que la culpabilidad sería un límite insuperable para esa intimidación general, además de poco convincente, no oculta el hecho de que el condenado se convierte en un instrumento de una lucha difusa contra el delito. Dado que los efectos puramente intimidatorios generales, a través de la crueldad de la pena, no se ajustan a la lógica humanitaria del derecho en su conjunto, la pena puede comprender como un componente de una guerra, tan prolongada como socialmente tolerada.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ Criticando la prevención general negativa, Guzmán Dalbora: “No obstante, como la justicia distributiva, la idea de la seguridad fracasa en su misión punitiva más importante, ofrecer un criterio cierto para la configuración del sistema penal, sin nombrar que tiende por sus pasos contados a expandir ilimitadamente la intensión y extensión de las puniciones. El subproducto preventivo general de la seguridad no descansa en que la pena se iguale o proporcione al delito, sino en los temores o la satisfacción de los demás -que a menudo se reducen a los grupos dominantes o el gobierno-, cuyas expectativas escapan naturalmente a toda posibilidad de estimación” GUZMAN DALBORA, J. L. Sentido de la pena y reparación. *Política criminal* [online], v. 12, n. 24, p. 1044-1065, 2017. Disponible en: https://scielo.cl/?script=sci_abstract&pid=S0718-33992017000201044&lng=en&nrm=iso3. En sentido parecido, Rocha: ROCHA: “No entanto, a eficácia intimidatória atribuída à pena é bem menor do que se imagina. Se o contra estímulo da pena pode inibir aqueles indivíduos que vacilam entre o bem e o mal, tal intimidação apresenta-se mínima quanto aos indivíduos voltados à prática habitual do crime. O delinquente habitual comumente trabalha com a hipótese de que seu delito permanecerá ignorado, ou, ao menos, de que não será descoberto como seu autor” ROCHA, F. A. N. G. da. *Direito Penal. Curso Completo, Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 21. También está la crítica de Jakobs, por la cual la prevención general negativa se equivoca de blanco, porque la mayoría de los individuos, a la que la prevención general negativa alcanza, no considera la posibilidad de comisión de delito. “Tales miembros no consideran el delito primordialmente al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos”. JAKOBS, G. *Derecho Penal - PG*, cit., p. 28.

⁶⁶⁰ Es algo que aparece en los mejores manuales, con su razón: Así, Reale Júnior: “A culpabilidade é, portanto, o fundamento da pena como juízo de reprovação [...] A culpabilidade é também limite da pena, em vista de por ela se graduar a justa pena conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção” REALE JR., M., *Instituições*, cit., p. 191. Sin embargo, si la culpabilidad es fundamento, con ella no nos parecen compatibles las intervenciones de prevención general. Se trata de una forma necesaria de imponer un límite mental al castigo, y bien tiene funcionado como discurso. En sentido lógico, como se nota, tenemos nuestras dudas. Aquí, entre tanto, no se profundiza en la función de la culpabilidad en general.

En ese sentido, también debe considerarse que la guerra, en sí misma, tiene sus reglamentos jurídicos. En otras palabras, la guerra no es exactamente contraria al derecho, sino que, al ser siempre indeseada, es completamente excepcional, *ultima ratio*. Entre la excepcionalidad y el carácter extrajurídico existe una distancia que debe tomarse en cuenta, pero ese será tema a tratarse en otro momento⁶⁶¹.

De todas formas, la prevención general negativa es la función más evidente e intuitiva del derecho penal, tal vez incluso más que la pura retribución taliónica. Y es la que, más alejada de la figura del individuo condenado, se aproxima más al puro utilitarismo y a una figura excepcional, aunque antigua, de combate. Transferir aquí esos elementos directamente a la delación premiada nos lleva a la afirmación de que el premio al delator no es el único camino utilitarista, ya que la prevención negativa lo supera directamente. Otro aspecto es que, al ser los efectos de la delación mucho más palpables, al estar circunscritos a la organización criminal a la que pertenece el delator, el cálculo utilitario resulta mucho más visible; en cambio, los efectos utilitarios de la prevención general negativa se manifiestan en la psique de un potencial delincuente que no ha delinquido ni puede hacerlo, ya que sería prueba de que la intimidación no ha sido efectiva. Por lo tanto, el resultado eficaz de la prevención general negativa jamás se verá empíricamente. Así, aunque el utilitarismo intrínseco a la delación premiada es más fácil de percibir, esto no significa que sea más utilitarista que la prevención general negativa.

Los efectos de *excepcionalidad de guerra* se abordarán en el capítulo final (capítulo 08), pero es relevante señalar que la prevención general negativa sugiere fuertemente que el derecho penal posee características de combate, incluso en sus sistemas más ordinarios. Asimismo, cabe advertir que negar la función intimidatoria de toda pena es un camino excesivamente utópico en la búsqueda de la legitimación del derecho penal.

3.3.3.2 Prevención general positiva

El aspecto positivo de la prevención general es multifacético e implica demandas filosóficas más complejas que su faceta negativa. Mientras que el terror y la coacción

⁶⁶¹ La distinción que hacemos entre guerra y combate, para los fines específicos de esta monografía, estarán en 8.7.

impuestos por la prevención negativa son de formulación y comprensión casi intuitivas, las concepciones positivas requieren un desarrollo más profundo. *Grosso modo*, la prevención general tiene por objeto preservar y reforzar la firmeza y el poder coercitivo del ordenamiento jurídico. En consecuencia, la pena cumpliría la función de "demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico a la comunidad jurídica y reforzar así la confianza jurídica del público". No se trata, por tanto, de una mera intimidación⁶⁶². Roxín, con ese lineamiento, encuentra tres finalidades y efectos en la prevención general, distintos pero a su vez interconectados: el efecto de aprendizaje, el efecto de confianza y el efecto de pacificación. El primero, el efecto de aprendizaje, se deriva del "ejercicio de confianza en la ley", es decir, el funcionamiento de la justicia penal tiene un efecto pedagógico en la comunidad. El efecto de confianza surge cuando los ciudadanos se dan cuenta de que la ley se aplica efectivamente. Por último, el efecto pacificador se deriva de la tranquilización de la conciencia jurídica general como consecuencia de la sanción, que tendría la función, al menos desde una perspectiva social, de resolver el conflicto con el infractor⁶⁶³.

Tales efectos, así enunciados, pueden parecer excesivamente abstractos, y el riesgo de la abstracción es que corresponda mínimamente a la práctica, o, mejor dicho, a la realidad. Sin embargo, solo esa concepción se aproxima a ofrecer una explicación para el presente tema, que supere un utilitarismo rudimentario. En el presente objeto de análisis, es necesario adelantar que la disminución de la pena por delación, si no se trata únicamente de un ejercicio de prevención general positiva, se legitima mucho mejor mediante argumentos que coinciden con la fundamentación de las razones de las prevenciones generales. Por ello, será necesario revisarlas con mayor detenimiento.

⁶⁶² ROXIN, C. *Derecho Penal*, cit., p. 91.

⁶⁶³ *Idem*, p. 91-92. Desde luego, ese sentido de pacificación contrasta notablemente con la idea general de restauración, que se relaciona mucho más con la no aplicación de la pena y con la resolución de conflictos por vías alternativas a la punición. Esto se abordará en el capítulo 07, pero, en términos criminológicos, conviene documentarlo con Braswell: "Developing an understanding of peacemaking allows us to be more aware that the concepts of victim and offender are not as clear-cut as they may seem on the surface. Experiencing such a perception may allow a person to be more apologetic, remorseful, empathetic, and forgiving based on the role of the individual within a given situation. Hence, one may become more open to resolving conflicts effectively through conflict resolution techniques rather than seeking revenge or punishment. Conflict resolution is a practice that allows individuals to peacefully resolve problems through negotiation by the affected parties". BRASWELL, M. et alii, *Justice, Ethics and Peacemaking*, in BRASWELL, M. et alii, *Justice, Crime and Ethics*, London: Routledge, 2023

3.3.3.2.1 Antecedentes de la prevención general positiva: la comunicación como la sociedad misma

En la actualidad, Günther Jakobs es uno de los principales referentes de la teoría de la prevención general positiva de la pena. Como se verá más adelante, el autor entiende la sociedad como "la construcción de un contexto de comunicación". Este contexto de comunicación tiene que ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes: "si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución, e incluso en este caso han de asegurarse los requisitos de la evolución, pues de lo contrario no podría distinguirse lo que es evolución de lo que es casual". La construcción de la sociedad, según Jakobs, tiene lugar a través de las normas⁶⁶⁴. Por tanto, la pena tiene una función preventiva en la medida en que protege las condiciones de la interacción social. "En este sentido, la pena se aplica con el objetivo de *ejercer la confianza normativa*". Existe, por tanto, una "*prevención general a través del ejercicio del reconocimiento normativo*"⁶⁶⁵.

Ese 'reconocimiento normativo', sin embargo, usa la base de la supremacía del ejercicio comunicativo de la sociedad. Es decir, hay que reconocer que la norma, o el contexto normativo, sólo existe por la comunicación, y es la comunicación la que *define* la sociedad en sí misma⁶⁶⁶.

Para una toma final de posición, ése es el punto más crítico de toda la explicación para la delación premiada, el perdón y la disminución de la pena: la revalidación del ordenamiento, en una sociedad comunicativa. Por ello, se puede hacer un recorrido – sin que eso implique asentimiento a las razones – sobre las influencias de Jakobs: la sociología de Luhmann y, por Luhmann, la base autopoietica de la sociedad. Empezamos por ésta.

⁶⁶⁴ JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996, p. 25-26.

⁶⁶⁵ JAKOBS, G. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 32.

⁶⁶⁶ En oposición a la idea de que la sociedad sea comunicación en sí misma, a partir del análisis de la inteligencia artificial, véase nuestro: RODRÍGUEZ, V. G. *Inteligencia Artificial y autopoiesis*, cit.

3.3.3.2.2 Maturana y la autopoiesis

Aunque no haya sido del todo fiel, la transposición de algún estudio de la biología a la sociología fueron determinantes para la fundamentación de la sociedad comunicativa. Se hicieron conocidos los estudios de Maturana y Varela⁶⁶⁷, donde está la génesis del concepto de autopoiesis, que pasó a la sociología de Niklas Luhmann⁶⁶⁸.

La proyección que las consideraciones luhmannianas dieron al estudio fue importante para darlo a conocer y promover así el debate sobre el mismo. Quizá sea esto lo que ha llevado a su constante reedición y al estudio que los propios autores del trabajo original han dado a la *autopoiesis*, que de nuevo es lo que aquí nos interesa especialmente. Veinte años después de publicar *Autopoiesis: la organización de lo viviente*, Maturana explica que el origen de su investigación fue la inquietud que le produjo la pregunta: "¿Qué empezó cuando empezó la vida, de modo que pueda decirse que la vida empezó en ese momento?"⁶⁶⁹. No se trata, pues, exactamente de un concepto biológico en el sentido estricto de tipos de seres vivos, sino de algo más estructural, que responde a un único origen: qué era la vida cuando nació en la Tierra y qué ha quedado concretamente de ella desde entonces⁶⁷⁰, algo, todo hay que decirlo, tan cercano a un ideal filosófico que, según uno de sus autores, hasta el año 1960 no había sido debidamente cuestionado y menos aún respondido en su campo epistemológico

El punto de partida para responder a la pregunta fue asumir que todos los fenómenos biológicos ocurren a *través de la realización de un ser vivo*, por lo que la Biología, a diferencia de la Física, no aporta leyes generales, sino leyes extraídas de fenómenos que ocurren de forma *similar* en cada ser vivo. La consecuencia de este proceso fue encontrar en ellos, en todo ser vivo, un ser *autorreferido*, es decir, que, incluso dentro de un sistema, funciona como una *unidad discreta*, operando como sí

⁶⁶⁷ Singer recuerda que Varela, fallecido en 2001, era conocido por los no biólogos por apodar a la *autopoiesis*, pero su contribución a la sincronización cerebral, un tema que la neurociencia trata con especial cuidado por responsabilidad, es esencial (vide cap. 01). Cf. SINGER, W. *Experiencia propia...*, cit., p. 15-16.

⁶⁶⁸ Véase, adelante, 3.3.3.2.2.

⁶⁶⁹ La pregunta completa, formulada por un alumno del biólogo Maturana, sería: "Señor, usted dice que la vida se originó en la tierra hace más o menos tres mil quinientos millones de años atrás. ¿Qué sucedió cuando se originó la vida? ¿Qué comenzó al comenzar la vida, de modo que usted pueda decir ahora que la vida comenzó en ese momento?" MATURANA ROMESÍN, H. *Veinte años después*, prefacio a la quinta edición de: MATURANA ROMESÍN, H.; VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos – Autopoiesis- La organización de lo vivo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1994, p. 09.

⁶⁷⁰ Cf. MATURANA ROMESÍN, H. *Veinte años después*, cit., p.10.

mismo⁶⁷¹. Por ello, el objetivo de la observación que dio lugar a la teoría de la autopoiesis era mostrar cómo el ser vivo surge de la relación con sus componentes, pero de un modo ajeno a cualquier referencia a la totalidad que les da origen, y cómo surge en un dominio propio, no como componente individual de un sistema. Y, como el mismo autor afirma, fue al dibujar un sistema celular en la pizarra, explicando a los alumnos que el ADN participaba en la síntesis de las proteínas y que las proteínas participaban en la síntesis del ADN, cuando el autor definió la entidad viva no como un conjunto de moléculas sino como una *dinámica*, una "red cerrada de intercambios y síntesis moleculares que producen los mismos tipos de moléculas que la constituyen". Tal red de componentes⁶⁷² que se cierra sobre sí misma porque genera el mismo flujo de producción que la produjo, en un verdadero sistema, es lo que se ha llamado autopoiesis. En este sentido, el ser vivo es una **dinámica molecular**, no un conjunto de moléculas, y vivir es la realización de esta dinámica. Si el estudio es efectivamente original al responder a esta pregunta, desde el punto de vista de la biología, tenemos un enfoque complementario al darwiniano, que merece ser destacado: mientras en el siglo XIX se investigaba el origen *de las especies*, los profesores chilenos del siglo XX buscaban descubrir qué *explica la vida*, individualmente. Cómo se puede definir *un ser vivo*, y su respuesta, al parecer, ha sido suficiente.

Así, en su obra más referenciada, los autores definen cómo se presenta esta *organización mínima del ser vivo*, que es autorreferencial, desde una perspectiva biológica. Comienzan investigando el campo cibernético en busca de una definición de *máquina*, basada en la naturaleza de sus componentes y su finalidad. Afirman que las máquinas son unidades capaces de satisfacer determinados objetivos y crear *relaciones* que se configuran por la unidad de sus interacciones y las transformaciones de sus componentes⁶⁷³. A continuación, plantean la hipótesis de que los seres vivos son máquinas, en el sentido de que **tienen un objetivo y producen cadenas de producción**,

⁶⁷¹ "...mis reflexiones me llevaron a pensar que todo lo que pasa en y con los seres vivos tiene lugar en ellos como se operasen como entes auto referidos, y que mi tarea era hablar de ellos describiendo el operar de los seres vivos de modo que surgiesen como tales como un simple resultado de ese propio operar" MATURANA ROMESÍN, H. *Veinte años después*, cit., p.12.

⁶⁷² "Es a esta red de producciones de componentes, que resulta cerrada sobre si misma porque los componentes que produce la constituyen al general las mismas dinámicas de producciones que los produjo, y al determinar su extensión como un ente circunscrito a través del cual hay un continuo flujo de elementos que se hacen y dejan de ser componentes según participan o dejan de participar en esa red, a lo que en este libro llamamos autopoiesis", idem, p. 15.

⁶⁷³ MATURANA ROMESÍN, H.; VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos – Autopoiesis - La organización de lo vivo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1994, p. 67.

además de constituirse como máquina en un espacio físico determinado. Entre ellas, los organismos vivos son máquinas *autopoiéticas* porque mantienen activamente una identidad que no depende de las interacciones con su observador. La idea es relevante: las operaciones de una máquina *autopoiética* fijan sus propios límites (sistema cerrado), mientras que en una máquina *alopoyética* sus límites los fija el observador, que "al especificar los límites de entrada y salida" la determina como máquina por lo que es pertinente para su funcionamiento"⁶⁷⁴. Los seres vivos son, pues, autopoiéticos porque sólo ellos "transforman la materia en sí mismos" y, por tanto, su producto es su propia organización, su propia relación. Una vez conceptualizado lo que significa la máquina autopoiética, estamos listos para la afirmación principal: no sólo que todos los seres vivos son máquinas autopoiéticas, sino que *sólo* los seres vivos lo son. Esto obliga a concluir que la autopoiesis es necesaria y suficiente para caracterizar al organismo vivo.

Pero hay que señalar que la máquina autopoiética, es decir, el organismo vivo, *somete* cualquier interferencia externa a la preservación de su propia organización⁶⁷⁵. En otras palabras, siempre está orientada a producirse a sí misma, ya que no tiene *inputs* ni *outputs*. Sin embargo, desde el punto de vista del observador, pueden interpretarse como máquinas alopoyéticas, en el sentido de que, al ser perturbada por el entorno, la máquina autopoiética puede determinar cambios externos, por lo que habría entrada y salida, *input* y *output*, aunque esto no significa que su estructura cerrada, su estructura autopoiética, cambie en absoluto. Y una de las grandes consecuencias de un sistema cerrado es que, al generar sus propias relaciones, éstas *no* son predecibles⁶⁷⁶.

Para seguir entendiendo la idea original de *autopoiesis*, pues, hay que tener en cuenta que se refiere principalmente a este elemento individual, y se aplica sobre todo a las **características moleculares de la autosíntesis**. En este contexto, porque los seres vivos no tienen específicamente un fin (teleonomía), sino más bien un programa tal vez para su propio crecimiento o mantenimiento (ontogenia), y en general se reproducen por autorreplicación, mientras que la reproducción de un ser humano implica necesariamente la heteropoiesis. En este sentido, el sistema es, en teoría, lo más cerrado posible, y el concepto de finalidad (que implica interacción con el entorno), o incluso la búsqueda de

⁶⁷⁴ *Idem*, p. 71.

⁶⁷⁵ MATURANA ROMESÍN, H.; VARELA GARCÍA, F., *De máquinas y seres vivos*, cit., p. 72.

⁶⁷⁶ "Los sistemas vivos se consideran autónomos, en última instancia impredecibles, de comportamiento intencional similar al nuestro". *Idem*, p. 73.

esta interacción, es lejano. Cualquier cambio que pueda existir, se repite, pertenece entonces a una historia hecha por el observador, basada en su relación con su entorno⁶⁷⁷.

Queda por responder a la pregunta de si los **sistemas sociales** son autopoieticos: si pueden constituirse como sistemas cerrados desde este punto de vista. En la obra original, los autores mencionan incluso "sistemas autopoieticos de orden superior"⁶⁷⁸. No es difícil que sistemas más pequeños se unan, incluso bajo la presión de la selección natural, pero es necesario que se desarrolle un todo que, formado por la autopoiesis individual de cada componente, se cierre sobre su propia autopoiesis. En otras palabras, para que surja un sistema autopoietico mayor, sus componentes deben generar conjuntamente "los mismos procesos de producción que los producen" y no otros procesos concatenados de otra manera, con un cierre diferente a la autopoiesis de sus componentes⁶⁷⁹.

Por eso, en su concepción original, el sistema autopoietico más complejo es el que tiene la unidad de la *vida*, y por eso **no puede decirse** que la sociedad sea una. Maturana se enfrenta a esta misma cuestión veinte años después de la publicación de su tesis original. Vuelve a preguntarse si es posible pensar en sistemas autopoieticos aparte del sistema molecular del que partió su teoría. Recuerda que ya podrían establecerse *órdenes* de sistemas autopoieticos: las células como sistemas autopoieticos de primer orden, los órganos como sistemas de segundo orden. Y cree que es posible hablar de sistemas de tercer orden, como una colonia, una familia o un sistema social, autopoieticos sólo en el sentido de que siguen los sistemas de los organismos celulares. A la luz de la definición de Maturana, una sociedad no es autopoietica en el sentido que le daría Luhmann, porque en el espacio exclusivo de las comunicaciones no hay ningún sistema cerrado⁶⁸⁰.

Sin embargo, esta crítica es menor que la que ya aparecía en el texto original, antes de que el término fuera apropiado por la sociología luhmanniana. Al pensar en las

⁶⁷⁷ MATURANA ROMESÍN, H., VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos*, cit., p. 78.

⁶⁷⁸ *Idem*, p. 101 e ss.

⁶⁷⁹ "Un sistema autopoietico cuya autopoiesis implica la autopoiesis de las unidades autopoieticas que lo generan, es un sistema autopoietico de orden superior. Si el sistema es autopoietico en el espacio físico, es un sistema vivo". MATURANA ROMESÍN, H., VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos*, cit., p. 102-103.

⁶⁸⁰ Gössel subraya esta misma apropiación indebida: "La controvertida aplicación de la teoría biológica del sistema por parte de Luhmann a sistemas sociales llevó a la crítica de Maturana. Una teoría de los sistemas sociales no puede hacer referencia solamente a la coordinación de comunicaciones, sino que, en contra de Luhmann, debe incluir seres humanos" GÖSSEL, K. H. Réplica al derecho penal del enemigo: sobre individuos y personas del derecho. *Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales*, Buenos Aires, 2013, p. 23.

consecuencias epistemológicas de la autopoiesis, los autores critican la apropiación sociológica de la teoría de la evolución de Darwin, cuyas consideraciones "llegaron como justificación biológica de su estructura socioeconómica"⁶⁸¹. Los autores advierten de que el uso del concepto de autopoiesis para la sociedad humana podría tener consecuencias similares a las derivadas de la extensión de la teoría darwiniana más allá de los límites de la biología. **Afirman expresamente que el riesgo de considerar a la sociedad un elemento autopoietico es la subordinación de la autopoiesis del individuo a la de la sociedad: "cualquier cosa, por el bien de la humanidad", sería la justificativa ética de la acción humana"**⁶⁸². Esa crítica del autor, evidentemente, es la base para la confrontación utilitarista que en otro momento se hará.

Maturana y Varela son, pues, muy conscientes del uso de su teoría para la filosofía social, y esto les da aún más autoridad para los reproches que hacen y el modo como intentan progresar en su teoría, de modo mas contemporáneo. Porque, tal vez incluso inspirados por el (mal) ejemplo del desarrollo de la teoría de la evolución de las especies, advierten que **el sistema cerrado de la autopoiesis no significa que el individuo sea predecible**. Subrayan que si el conocimiento científico implica poder identificar estructuras para predecir su comportamiento futuro - o intentarlo, porque la falta de predicción sólo sería la ausencia de conocimiento suficiente - en relación con el individuo vivo, no ocurre lo mismo con el sistema autopoietico. Hay una serie de obstáculos a esta búsqueda de predictibilidad en el tratamiento del sistema autopoietico (en la concepción biológica), empezando por la falta de acceso al propio sistema, bien porque "al intentar conocerlo, lo destruimos", bien porque "la dinámica estructural del sistema es tal que cambia recursivamente con sus propios cambios de estado, y cada vez que buscamos regularidades en sus respuestas de interacción nos damos cuenta de que su estructura ha cambiado y responde de forma diferente. Los seres vivos son así"⁶⁸³.

⁶⁸¹ La crítica en la obra original es contundente, y uno no puede evitar pensar que algo parecido - seguramente en mucha menor medida- a lo que ocurrió con la teoría darwiniana sucedió con el concepto biológico de autopoiesis, cuando se lo apropió la sociología: "Es verdad que bajo las leyes de la selección natural sobrevive el más apto para aquello que se selecciona, y que los que n sobreviven no contribuyen al destino histórico de la especie. (...) La ciencia, la biología, aparecían justificando la noción de 'cualquier cosa, por el bien de la humanidad', fuera cual fuese la intención o el propósito de quienquiera la enunciara", p. 112.

⁶⁸² MATURANA ROMESÍN, H., VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos*, cit., p. 113.

⁶⁸³ "Ocurre además, que no siempre podemos conocer la estructura de un sistema en el momento en que queremos computar sus cambios estructurales, ya sea porque no tenemos acceso a ella, o porque en el intento de conocerla la destruimos, o porque la dinámica estructural des sistema es tal, que cambia recursivamente con sus cambios de estado, y cada vez que buscamos regularidades en sus respuestas al

3.3.3.2.3 Prevención en Luhmann

Bien comprendido el concepto de *autopoiesis*, ya se ha señalado la crítica formulada por sus creadores en el ámbito de la biología respecto a su traslado a la sociología, lo que resultará determinante en esta toma de posición. Sin embargo, su interpretación dentro de la sociología es clave para la prevención positiva en Jakobs. Aunque este autor transite por sendas más hegelianas que luhmannianas, la Teoría de Sistemas es fundamental para abordar la complejidad que, como se ha adelantado, caracteriza esa función preventiva específica de la pena.

Sobre la Teoría de Sistemas, la primera consideración que se puede hacer es que no es directamente jurídica, sino una proposición sociológica. La estructura de la sociología, como se sabe, está orientada hacia el contexto colectivo y, por tanto, su prioridad no es el proceso individual de toma de decisiones, sino los efectos sociales específicos de cada acción humana. De hecho, Luhmann estudia el proceso de toma de decisiones del individuo, pero solo como un aspecto periférico. Con mayor razón, su teoría debe alejarse de este nivel individual, ya que se basa en la superación de algunos obstáculos epistemológicos, entre ellos la suposición (en su opinión, errónea) de que la sociedad está constituida por personas concretas o incluso por relaciones entre personas. Para el autor, la sociedad está compuesta esencialmente por comunicación, por lo que una de sus premisas fundamentales es la separación entre el ser psíquico y la sociedad, cuya autopoiesis se basa en sistemas comunicativos⁶⁸⁴.

La sociedad se divide entonces en sistemas autopoiéticos, es decir, que se producen a sí mismos y a las propias unidades que los componen, a través de un único elemento: ya no el hombre, sino la comunicación⁶⁸⁵. Y aun así, la comunicación

interactuar con él, nos encontramos con que su estructura ha cambiado y responde de manera diferente. Los seres vivos son sistemas de esa última clase”. MATURANA ROMESÍN, H. *Veinte años después...*, cit., p. 25.

⁶⁸⁴ Como afirma Villas Boas, “o potencial inovador da teoria dos sistemas decorreria justamente da superação desses obstáculos epistemológicos”. VILLAS BOAS FILHO, O. A sociologia do Direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, 2010.

⁶⁸⁵ El concepto de comunicación de Luhmann también se aparta del significado tradicional. Para él, comunicar no es simplemente transmitir, porque, entre otros factores, la comunicación implica la ampliación del espacio y del tiempo, diferenciando entre el momento de enviar y el momento de recibir, o incluso poseer algo para transmitirlo. Según el sociólogo, esta metáfora es demasiado ontológica (p. 219).

(elemento básico de la autopoiesis en la sociedad) se entiende dentro del concepto de la teoría de sistemas, en la que el individuo no es su elemento central, sino ella misma. En otras palabras, no es el hombre el que comunica, sino la comunicación misma la que lo hace, recreándose a sí misma. Es el producto de una decisión, que es una *actualización reductora de la complejidad del mundo*, cuyo efecto es transformar la inseguridad total en riesgo. Así, el sistema de comunicación social obliga a tomar decisiones, enviando sólo una alternativa (entre las de la inseguridad total) como portadora del riesgo conocido⁶⁸⁶.

Dado que los sistemas sociales son *autopoieticos*, están cerrados sobre sí mismos, pero no absolutamente, porque la continua reproducción cerrada de los sistemas genera una serie de estructuras a través de las cuales dicho sistema se abre parcialmente, en un procedimiento que el autor denominó *interpenetración* y posterior *acoplamiento estructural*. Puede decirse, por tanto, que, paradójicamente, el cierre autopoietico de cada sistema es la condición de su apertura⁶⁸⁷. Pero para nosotros es esencial recordar que existe un sistema autopoietico y sus subsistemas, y lo que no forma parte de ninguno de ellos es un *entorno* del sistema o subsistema que sólo se intercomunica a través de uno de estos mecanismos de acoplamiento.

Para Luhmann, la sociedad moderna es un sistema, formado por subsistemas que asumen una *función única*, que no puede confundirse con las de los demás⁶⁸⁸, estableciendo sus límites según su propia función. Como el entorno del sistema es más complejo que él mismo, el sistema o subsistema tiene la función de simplificar su entorno

Utiliza confesadamente la concepción tripartita de Karl Bühler (la información, el acto de comunicar y el acto de comprender), desarrollada posteriormente por Searle, pero aún con reservas. No son actos separados que puedan comprenderse fuera del entorno de la comunicación. Se trata “uma questão de seleções distintas, cuja seletividade está constituída pela comunicação em si própria” (p. 222). Por isso, a comunicação é uma “redundancia creada en el sentido de que la comunicación inventa su propia memoria que puede ser evocada por distintas personas, de diferentes maneras”. LUHMANN, N. Introducción a la teoría de sistemas, (texto 12, Comunicación), TORRES NAFARRATE, J. (org.), Barcelona: Antropos, 2006, p. 221.

⁶⁸⁶ LUHMANN, N. *Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 1997, p. 11. Vide también: p. 81.

⁶⁸⁷ LUHMANN, N. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA, C. (org.). *Teoría de Sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, p. 73.

⁶⁸⁸ Así, en las palabras de Possas: “Essa diferenciação funcional, portanto, garante a cada subsistema sua própria identidade, estabelecendo os limites em relação a seu entorno (environment). Considerando a comunicação como elemento-base dos sistemas sociais, pode-se dizer que a função dos subsistemas está relacionada à capacidade de cada um organizar as comunicações e disseminá-las, de maneira que tanto o próprio subsistema, como os demais, possam fazer uso delas, ainda que em diferentes sentidos” POSSAS, M. T. O problema da inovação na teoria da prevenção geral positiva. *RBCCrim*, n. 56, set./out. 2005, p. 283.

según su significado, es decir, con la función de "filtrar la complejidad de su entorno"⁶⁸⁹ guiado por este significado.

El Derecho es uno de estos subsistemas, que tampoco se confunde con su entorno (*Umfeld*), pero que depende de él para existir porque se relaciona con él, aunque, por ser autopoietico, es autónomo en su funcionamiento⁶⁹⁰: sólo él puede determinar lo que es legal o ilegal, dada la obligación de reproducir su propia operatividad, de forma autorreferencial, pero siempre mediante la labor de remover a través del significado lo que le pertenece, lo que es legal en el entorno. Como subsistema, la ley no puede ocupar el papel de otros sistemas, porque su papel, desde un punto de vista concreto⁶⁹¹, es *asegurar las expectativas de comportamiento*. Es decir, determina las conductas que se desean (de las que se espera), sin garantizar que ellas, las expectativas, no se frustren; pero al menos las mantiene como expectativas, por lo que Luhmann afirma que el Derecho procesa "expectativas normativas capaces de mantenerse en situaciones de conflicto"⁶⁹². **Esta es la estabilidad contrafáctica de la normatividad, es decir, cuando el derecho cumple su función de proteger las expectativas, nos libera de la obligación de adaptarnos a sus frustraciones, aunque existan.** Todo ello ocurre a través de una descodificación binaria que el propio sistema desarrolla, determinando la diferenciación entre justo/injusto y, como dice el propio sociólogo, librando al sistema de contradicciones internas (siendo justo lo que no lo es y al revés) y de otros valores que no le son propios, como la utilidad y los fines políticos. Al operar así, el sistema deja claro que el cumplimiento o incumplimiento de las expectativas tendrá, respectivamente, una respuesta positiva o negativa y, con ello, "actualiza su memoria", alimentando su relación

⁶⁸⁹ GARCÍA AMADO, J. A. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. Traducción: F. Riche. In: LOPES JR., D.; et. al. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 311.

⁶⁹⁰ "Portanto, a clausura auto-referencial dos sistemas é a forma de estender os contatos possíveis com o meio. A pura auto-referência é impossível. Cada sistema somente pode existir e se reproduzir em um meio (...). A clausura autopoietica não significa isolamento, e a autonomia do sistema não significa sua independência total em relação ao meio exterior, senão a auto-regulação pelo próprio sistema de suas dependências e independências em relação a esse meio" GARCÍA AMADO, J. A. A sociedade e o direito..., *cit.*, p. 316.

⁶⁹¹ Luhmann diz que a função do direito pode ser analisada por duas vias (auf zwei verschiedene Gleise gesetzt). De modo abstrato, relaciona-se com os custos sociais das relações temporais das expectativas (mit den sozialen Konstender zeitlichen Bindung von Erwartungen zu tun). Concretamente, a função é a de estabilizar expectativas normativas pela regulação de sua generalização temporal, objetiva e social. O direito possibilita saber qual expectativa tem respaldo social e qual não (Das Recht ermöglicht es, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt finden, und mit welchen nicht"), bem como possibilita viver em uma sociedade complexa, em que o direito exerce uma função simbólica de assegurar a confiança. São essas algumas subfunções, a partir da estabilização das expectativas. LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 131-132.

⁶⁹² LUHMANN, N. El derecho como sistema social, *cit.*, p. 73.

autopoiética basada en la compatibilidad con comportamientos anteriores e indicando la consistencia de las operaciones futuras.

La ley tiene entonces esta función de proteger un "**estilo de espera**", y la sanción sirve para individualizar, en la cadena comunicativa, el eslabón en el que se produjo la comunicación antijurídica, sin que exista en este sistema ninguna consideración de carácter moral que no forme parte de su autorreferencia. Lo importante es que identifica esa singularidad de la comunicación y pone en marcha una operación específica para el caso, sin interrumpir en ningún momento esa *autopoiesis*⁶⁹³.

El individuo, como ocurre en gran parte del pensamiento sociológico, es *portador* de un conjunto de roles sociales, pero aquí concretamente, debido a su construcción, se convierte en portador de un **conjunto de expectativas de comportamiento**, externas al sistema, pero esenciales para que funcione. El individuo se convierte en un elemento externo. Por eso Luhmann es claro cuando afirma que los sistemas sociales no están formados por seres psíquicos, y mucho menos por seres humanos de carne y hueso⁶⁹⁴. Aunque parte de la base de que la sociedad no puede vivir sin el individuo y viceversa, este último no es un elemento celular de la sociedad, sino la comunicación, que, como se ha dicho, es esencial para la autopoiesis y, por tanto, es la única operación que puede calificarse de genuinamente social. Entre lo psíquico y lo social sólo está la conciencia, como una especie de acoplamiento estructural, ese elemento que *no* forma parte del sistema, pero que lo pone en contacto con su entorno. El acoplamiento estructural⁶⁹⁵ une la comunicación (que es genuinamente social) con la conciencia, que es psíquica e individual.

Podemos observar entonces el camino luhmanniano: elimina, a modo de metáfora, la autorreferencialidad como característica del individuo y la traslada al sistema social, y a su subsistema, que de hecho *destrona*⁶⁹⁶ al individuo como único capaz de esta singular *autopoiesis*, con la diferencia de que el principal instrumento de autorreferencialidad del

⁶⁹³ Tomo esto del importante análisis de Prieto Navarro. Véase: PRIETO NAVARRO, E. La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta. In: GÓMEZ-JARA, D.; *et. al. Teoría de Sistemas y derecho penal*: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005, p. 306.

⁶⁹⁴ LUHMANN, N. Introducción a la teoría de sistemas, *cit.*, p. 221.

⁶⁹⁵ "Para comprender la conexión que, no obstante, subsiste (y que es completamente normal e inevitable) entre conciencia y comunicación se utiliza precisamente el concepto de acoplamiento estructural. (...) Cuando se comunica, el acoplamiento estructural hace contacto de inmediato con la conciencia, sin que los acontecimientos internos de la conciencia (pensamientos) entren como participantes de la cadena de comunicación. *Idem*, p. 204.

⁶⁹⁶ LUHMANN, N. El derecho como sistema social, *cit.*, p. 70.

sistema es el individuo. Esto, por supuesto, no significa que la acción humana no dependa de elementos psíquicos, en la propia teoría del profesor de Bielefeld, todo lo contrario. Reconoce expresamente la importancia del contexto subjetivo de la acción e incluso llega a exponer su opinión⁶⁹⁷ - que no profundiza porque no es su tema- sobre un indeterminismo bastante limitado, pero su punto de corte *epistemológico* no es el individuo, sino el sistema. Su postulado se forma en el sentido de encontrar en la acción algo concreto que es independiente del individuo y, mucho más, una sociedad dividida en sistemas que operan a través de la comunicación, pero en la que la comunicación gana autonomía, en un grado mínimo o inexistente de dependencia de los emisores y receptores del mensaje.

De toda la concepción luhmanniana, que, claro, es más detallada que el enfoque aquí desarrollado, pueden destacarse dos puntos fundamentales: la *expectativa*, que representa el gran giro filosófico que, como se ha intentado demostrar, realizó Hegel a su manera; y el hecho de que la sociedad establece un modelo de espera basado en *roles sociales*: la espera también es tiempo y expectativa. El tiempo, tanto en Hegel como en Luhmann, constituye la base sistémica, trasladando al futuro las soluciones sobre la base de una *expectativa*.

3.3.3.2.3.4 Ultanormativismo en Jakobs

El normativismo de Jakobs es tan puro que la mayoría de los autores que intentan categorizarlo lo denominan normativismo radical o, como prefiere Schünemann, "normativismo libre de empirismo"⁶⁹⁸. El principal medio que utiliza Jakobs para esta construcción es su concepto de *persona*, definida como un conjunto de roles

⁶⁹⁷ "Esto es aún más claro si se toma en cuenta un prejuicio común, compartido frecuentemente por los sociólogos, que consiste en la adscripción de la acción a seres humanos individuales concretos. De hecho, una acción nunca está determinada plenamente por el pasado de un individuo. Numerosas investigaciones han descubierto los límites de la posibilidad de una explicación psicológica de la acción. En la mayoría de los casos la situación domina la selección que lleva a cabo la acción. Con frecuencia las observaciones pueden prever mejor la acción si se basan en el conocimiento de la situación, más que en la persona. En consecuencia la observación de las acciones se dirige, en la mayoría de los casos, no hacia el estado mental del que actúa, sino a la realización paralela de la autopoiesis del sistema social. Sin embargo, en el mundo cotidiano la acción es adjudicada al individuo, además del presupuesto tan arraigado de que la acción es un caso concreto. Esto de ninguna manera significa que haya que quitarle relevancia al contexto de la intención subjetiva de la acción". LUHMANN, N. Introducción a la teoría de sistemas, *cit.*, p. 190.

⁶⁹⁸ SCHÜNEMANN, B. La relación entre ontologismo..., *cit.*, p. 129.

normativos⁶⁹⁹, bajo inequívoca influencia de Hegel. La teoría de Jakobs se inspira en el concepto sistémico de Luhmann, y luego sigue más efectivamente la tendencia neohegeliana, reconstruyendo al hombre como un sistema de roles normativos⁷⁰⁰. Con ello, como se verá, Jakobs apunta para la prevención general positiva como principal – aunque no único – fin de la pena.

Como sabemos, la teoría del profesor de Bonn comprende distintas fases⁷⁰¹. Desde su primera mirada, ya normativista, imponiendo la pena como mera prevención general positiva⁷⁰² frente a un deber de conservación de la propia norma, hasta la creación del

⁶⁹⁹ Para Gössel, Jakobs relaciona “el concepto de autor o de sujeto del hecho no a seres humanos de carne y hueso, sino al constructo normativo de una responsabilidad de autoría”. GÖSSEL, K. H. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, 2007, p. 47.

⁷⁰⁰ Partiendo de la inspiración de la teoría luhmanniana, Jakobs comienza su formulación entendiendo que “por um lado, a pena se concebe a serviço do exercício da fidelidade ao direito e, por outro, se estima que a culpabilidade é um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico em função dessa mesma necessidade preventiva”. En una publicación de 2004, Jakobs abandona su opinión inicial de que la finalidad de la pena no era un ejercicio de psicología social para mantener la fidelidad a la ley y vuelve a la idea de que su función es mantener la fidelidad a la norma. Un análisis de este primer texto de Jakobs (*Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*), que vuelve al mantenimiento de la pena como fidelidad a la ley, así como un interesante esbozo del pensamiento jakobsiano más reciente pueden encontrarse en un artículo de Bruno Moura, del que se transcribe un extracto: “Mas os últimos textos de Jakobs apontam surpreendentemente – a despeito da constante e incisiva remissão a jusfilosofia hegeliana – para uma reconstitutiva da teoria da pena, retornando a uma positive Generalprävention referida a efeitos psicológico-sociais: o fim (Zweck) da pena é o ‘asseguramento cognitivo da vigência da norma’, i. e., a ‘manutenção da fidelidade à norma’, tendo como destinatários as ‘pessoas fiéis ao direito’ (rechtstreue Personen)”. MOURA, B. O normativismo jurídico penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?. *RBCrim*, v. 90, maio-junho 2011.

⁷⁰¹ En este sentido, Schünemann identifica en la teoría jakobsiana una “giro de Luhmann a Hegel”, cf.: SCHÜNEMANN, B. Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. In: *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 160. Sin embargo, esta transición entre la corriente sociológica y la filosofía hegeliana no es fácil de analizar. Gran parte de esta transmutación en Jakobs se remonta a la crítica -o mejor dicho, a la evasión de la crítica- por la que el análisis del Derecho penal desde una perspectiva sociológica sitúa al individuo en un segundo plano. En cierto modo, esto es lo que se sugiere aquí al tratar brevemente la perspectiva sistémica de Luhmann. Alcácer lo verbaliza, sin aludir exactamente al profesor de Bonn en este sentido: “Puede, así, afirmarse que la racionalidad sistémica parte de las mismas bases metaéticas que el utilitarismo, es decir, de una exclusiva racionalidad instrumental, según la cual la corrección de las acciones – de la acción social de ‘pena’ – se establece en relación a la satisfacción de un fin determinado; en este caso, del fin de la estabilización del sistema social”. ALCÁCER GUIRAO, R. Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, p. 177-226, 1999, p. 197. Bechara observa en la concepción de delito de Jakobs como *Pflichtverletzung* una aproximación a Hegel, “basada en los presupuestos político-filosóficos del comunitarismo, caracterizado por colocar los intereses sociales por encima de los intereses individuales, por establecer como finalidad del Estado y del Derecho garantizar la identidad y la cohesión de la sociedad, así como por asumir la moral colectiva como esencia de esta identidad”. BECHARA, A. E. L. S. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 282. Conforme la postura aquí defendida, aunque los defensores de Jakobs, especialmente del Derecho Penal del Enemigo, puedan ver esta identificación con Hegel, y los detractores también puedan ver cierta exageración al intentar acercar a Jakobs a una visión puramente sociológica del Derecho (que, por supuesto, deja en un segundo plano la individualidad), lo cierto es que la influencia de Luhmann en Jakobs es inequívoca, y su “transición”, al menos expresamente por él, no está nada clara.

⁷⁰² Desde su punto de vista del finalismo más ortodoxo, Hirsch ya se dio cuenta de la insostenibilidad de esta posición, mencionando la falta de precisión teórica del concepto de castigo de Jakobs, porque “la llamada prevención general positiva, que aparece en el primer plano de esta tendencia, carece de una

llamado Derecho Penal del Enemigo. Por ello, el momento principal en el que Jakobs configura su concepción de la culpabilidad e integra el pensamiento hegeliano de la persona⁷⁰³, que sólo responde como acumulación de obligaciones normativas a normas penales, es el que aquí queremos destacar brevemente.

Tomando como punto de partida a Luhmann⁷⁰⁴, Jakobs considera que la sociedad debe entenderse como la construcción de un contexto comunicativo, capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes⁷⁰⁵. La función del derecho penal es comunicar expresamente la vigencia de la norma cada vez que es infringida, en lo que puede identificarse un patrón de prevención general positiva; esto, sin embargo, no es empíricamente verificable⁷⁰⁶, pues se trata simplemente de un *fenómeno de conservación*, un refuerzo del derecho a las normas constitutivas de la sociedad que, por sí mismas, carecen de fuerza suficiente para autoestabilizarse. Y parte de esta necesidad de autoestabilización del Derecho penal se produce precisamente porque la voluntad correcta o incorrecta del agente en relación con la norma no puede ser probada, si no es a través de la comunicación: el infractor de la norma afirma que no se aplica en el caso en cuestión⁷⁰⁷, pero la sanción dice que su afirmación es irrelevante, o al menos que no desconfirma el sistema.

Jakobs invoca el mito del salvaje de Rousseau, pero en una construcción que recuerda mucho a (su interpretación de) Hegel en la idea del hombre proyectado hacia el futuro, prescindiendo de la subjetividad porque ésta sólo puede confirmarse empíricamente frente a las relaciones sociales. El hombre está hecho para socializarse y,

fundamentación y precisión teórica suficiente como para permitir que un sistema dogmático pueda apoyarse en ella” HIRSCH, H. J. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. Traducción: M. Bacigalupo. *RBCCrim*, v. 11, n. 43, p. 11-30, abr./jul. 2003, p. 24.

⁷⁰³ Como aparece en la mayoría de las críticas, este formateo se produce a partir de la primera versión de su texto *Sociedade, Norma e Pessoa*, el texto que utilizamos aquí.

⁷⁰⁴ De la lógica sistémica de Luhmann, Isabel Sánchez extrae la idea de suprimir las garantías del individuo. En sus palabras: “(...) la teoría legitimadora del derecho penal del enemigo de Jakobs se encuentra enraizada, como toda su concepción del sistema penal, en el estructuralismo –funcionalista de N. Luhmann que coloca en el centro de referencia del mismo la propia conservación del sistema por encima de las garantías del individuo y que también informa su concepción de los fines de la pena como orientada a la prevención general positiva” SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, p. 854.

⁷⁰⁵ JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Traducción: Cancio Meliá y Feijóo Sanchez. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, ano V, n. 9-A, 1999, p. 25.

⁷⁰⁶ La falta de pruebas empíricas como preocupación para la prevención general también se reafirma como un elemento "poco tranquilizador" del sistema de penas en JAKOBS, G. *Comportamiento evitable y sistema del derecho penal*. In: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 163.

⁷⁰⁷ JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona ..., *cit.*, p. 27

en una "actualización del arco que va de Aristóteles a Hegel", sólo cabe deducir que la subjetividad es "no sólo un presupuesto, sino una consecuencia de la socialidad"⁷⁰⁸. De ello se deduce que una sociedad puede organizarse funcionalmente desde el momento en que considera al ser humano, o más bien su subjetividad, sólo de forma abstracta, cuando todos se representan y respetan⁷⁰⁹ como personas⁷¹⁰. Esta condición de persona es central en la imputación subjetiva, en la medida en que sólo a través de una norma puede interpretarse el acto de cada ser humano, y esta norma se integra en el sistema comunicativo al mismo tiempo que otorga al hombre la condición de partícipe de la propia sociedad. Ser *persona* significa no sólo expresar la subjetividad del portador de la máscara (*persona*)⁷¹¹, sino ser la representación de una serie de roles socialmente comprensibles.

Para definir si un acto contraviene o no la norma y se imputa a un individuo, no es necesario tener en cuenta al sujeto, que sería entonces para el autor algo así como una reducción naturalista de la persona, sino a la persona: alguien que desempeña roles⁷¹² sociales, estandarizados, normativizados y no dependientes de estructuras psíquicas subjetivizadas. La imputación de cada acto supondría entonces interpretar la causalidad a partir de la conducta defectuosa de cada persona, identificada por el grado de confianza que debe mantener en el rol que interpreta. Las expectativas defraudadas mediante conductas delictivas son expectativas depositadas en personas, no en individuos⁷¹³.

Esta seductora construcción normativizadora, sólidamente basada en Hegel, permite a Jakobs acusar de **naturalista a cualquier concepción psíquica de la**

⁷⁰⁸ Al exponer el proceso de normativización del sujeto, que justifica su toma en abstracto por el funcionalismo, hasta que pasa a ser responsable sólo como persona, Jakobs recurre con pocas distinciones a Rousseau y Hegel, e incluso a Aristóteles. A continuación recuerda la sentencia aristotélica de que "quienes no pueden vivir en comunidad o no la necesitan o son animales o dioses" (JAKOBS, G. *Sociedad, Norma...*, *cit.*, p. 30), que evidentemente prepara el camino para sus futuras concepciones de la exclusión que se consolidan en el Derecho penal del enemigo.

⁷⁰⁹ Así pues, ser persona es independiente de la forma en que esté constituida la sociedad, de las relaciones que en ella se acepten. Una persona que no tiene lo mínimo para subsistir difícilmente reconocerá como persona a quien defiende su opulencia, por lo que ahí puede comenzar una lucha por el reconocimiento (JAKOBS, G. *Sociedad, Norma...*, *cit.*, p. 34) de la condición de cada persona.

⁷¹⁰ Aquí, la evidente influencia de Hegel: "§ 36 La personalidad encierra, en general, la capacidad jurídica y constituye el concepto y la base también abstracta y por ello, formal. La norma jurídica es, por lo tanto: "se personifica y respeta a los demás como persona". HEGEL, G. W. F. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Claridad, 1968, p. 68.

⁷¹¹ "Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible". JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona ...*, *cit.*, p. 39.

⁷¹² Es aquí, por supuesto, donde Jakobs comienza a mezclar la tendencia hegeliana de la sentencia. Pero siempre se ha amalgamado y se sigue amalgamando con los conceptos de la teoría de sistemas, como el factor comunicativo y la reintegración de la comunicación por la comunicación misma.

⁷¹³ JAKOBS, G. *Sociedad, norma...*, *cit.*, p. 04.

imputación. Según el autor, la oposición entre el concepto psicológico que conlleva la intencionalidad no es compatible con la culpabilidad, que ya está consolidada en su función normativa, lo que permite absurdos, como el ejemplo de los dos peones que manipulan alquitrán al repavimentar el asfalto: el primero de ellos ni siquiera se da cuenta de que la manipulación del material puede causar un riesgo a los transeúntes; el segundo es consciente del daño potencial, pero sabe que en esas condiciones es imposible controlarlo completamente, es decir, que sigue existiendo el riesgo de que un transeúnte sea golpeado por el material. Debido a la relación psicologizante entre intención y culpabilidad, señala Jakobs, el Derecho penal acaba interesándose más por la segunda (más prudente) que por la primera. Esta curiosa situación contradictoria, a la que podrían añadirse otros ejemplos, lleva a Jakobs a la solución de que, fuera de los casos de falta de culpabilidad, es un asunto *privado del ciudadano*⁷¹⁴ cuidar su forma de ser fiel a la ley⁷¹⁵, porque la relación psicológica no es más que un mero indicador, bastante sustituible, de la falta de fidelidad a la ley, que indicará la culpabilidad. Por eso, para Jakobs, es erróneo buscar el reproche en el *esfuerzo psíquico* que un hombre haría para evitar el hecho delictivo, o en su modo de vida, porque realmente no le exonera de reproche cuando no evita el delito a pesar de las dificultades psíquicas creadas por su modo de vida: el modo de vida desastroso del individuo es, una vez más⁷¹⁶, asunto suyo⁷¹⁷, salvo en los casos en que esta conducta escape a su control y confronte la norma. Desde la perspectiva normativizadora, las dificultades psíquicas sólo importan para la culpabilidad cuando son

⁷¹⁴ Tras analizar la culpabilidad en el sistema funcionalista normativo, explica: “la constitución individual del sujeto es tomada en consideración exclusivamente en aquellos ámbitos en los que no hay que temer un desbordamiento incontrolable, mientras que en los demás se contempla como un asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al derecho”. JAKOBS, G. Sociedad, norma..., *cit.*, p. 48.

⁷¹⁵ “Por lo tanto, la culpabilidad es un déficit – exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho – de fidelidad al ordenamiento jurídico, y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit. Y de ningún modo son indicadores insustituibles; la falta de atención, la indiferencia, el desinterés por las consecuencias de una conducta pueden también ser indicios de tal déficit”. JAKOBS, G. La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal. In: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara Editorial, 2005, p. 100.

⁷¹⁶ “Esto, sin embargo, sólo es así si su desastroso modo de vida es asunto suyo, por haberse desarrollado partiendo de una situación normal”. JAKOBS, G. *Culpabilidad en Derecho Penal*: dos cuestiones fundamentales. Traducción: Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 52. No mismo sentido, embora ali com alguma ressalva, JAKOBS, G. El principio de Culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, ene.-abr., 1992, especialmente p. 1079.

⁷¹⁷ Esto liberaría al juez del complejo y volátil análisis de la personalidad del acusado, incluso hasta el punto de que algunos la considerarían relevante para las circunstancias del delito y la pena, como “la amabilidad, la alegría, la responsabilidad en las tareas, la franqueza, la honestidad” o “la agresividad, la pereza, la frialdad emocional”, tal y como la nombra Nucci. Cf. NUCCI, G. de S. Análise da personalidade do réu na aplicação da pena. *Boletim IBCCrim*, n. 153, ago. 2005, p. 02.

imputables a un tercero, especialmente a la víctima, como ocurre en el homicidio inmediatamente posterior a una provocación injusta del ofendido, que se explica porque la víctima, una vez definida la situación de agresión psíquica, pierde parte de su protección⁷¹⁸.

Cancelada la necesidad del dolo, corresponde a la culpabilidad distinguir lo que es importante para la comunicación normativa y lo que le es irrelevante⁷¹⁹, es decir, lo que tiene sentido en la comunicación funcional y lo que queda en el campo de la naturaleza, de lo físico. La culpabilidad forma parte del sentido de la propia injusticia, mucho más allá de concepciones ontológicas: para el causalismo, la mera acción lesiva del bien jurídico ya presume la culpabilidad; el finalismo exige la intencionalidad de la acción; pero en su concepción del funcionalismo "si no hay culpabilidad, sólo es aparentemente una comunicación"⁷²⁰, porque la conducta pierde sentido comunicativo. La conducta no culpable sería entonces, en esta división que la propia culpabilidad establece, una mera ocurrencia de la naturaleza: consecuencia de una enfermedad, consecuencia de un error excusable, es decir, "consecuencias del ser humano como ser natural, emocional, y no como partícipe idóneo de una comunicación que dice cosas con sentido". Esto supone reconocer que lo único que importa al Derecho penal es la expectativa de que el culpable *no* se comunique de forma que demuestre su enemistad con el Derecho, *porque los actos del no culpable son comunicación insolvente*, actos meramente naturales. Esta solvencia o relevancia de estos actos de comunicación es lo que autoriza a Jakobs a decir que es la culpabilidad la que tiene la función de medir a las personas y no a los individuos, exactamente a las *personas* que cumplen este estándar: la pertinencia a la lista de los que respetan la ley⁷²¹.

⁷¹⁸ Jakobs cita el artículo 213 del StGB (minder schwerer Fall des Totschlags), algo equivalente a nuestra emoción violenta.

⁷¹⁹ Schünemann critica el concepto ultranormativizador de Jakobs porque establece "argumentos circulares". Para el profesor muniqués, la culpabilidad en Jakobs es un concepto "presentado exclusivamente como resultado de la imputación jurídico penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso". SCHÜNEMANN, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. *ADPCP*, [Munique], p. 187-218, abr. 1996, p. 208.

⁷²⁰ JAKOBS, G. *Sociedad, Norma...*, cit., p. 45.

⁷²¹ "Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado, se puede tomar en consideración los datos ajenos al mismo" JAKOBS, G. *Sociedad, Norma...*, cit., p. 48.

En pos de este cuasi absolutismo normativista, Jakobs tampoco distingue entre acción y omisión, dado que cuando un individuo se propone comunicativamente formar una determinada organización, está obligado como persona a mantenerla, ya sea actuando o no actuando en un momento dado: la diferencia entre una y otra sólo existe en el mundo físico. Desde un punto de vista normativo, el mantenimiento de la organización integrada en el rol de la *persona* es obligación de ésta, ya sea por un rol específicamente asumido o por una obligación general de cumplir la ley⁷²² y no perjudicar a los demás. En este sentido, toda persona es garante de un deber general, el deber de no perjudicar a los demás; asimismo, todo delito es un delito de incumplimiento del deber, el deber de *neminem laedere*, de la obligación generada por el *harm principle*.

A lo largo de este camino recorrido por Jakobs, éste identifica dos cambios en su forma de entender la función de la pena⁷²³. Pasa de ser pura prevención general positiva a significar también la **necesidad de coacción personal**, cuyo dolor impide al hombre desarrollarse como persona. Así pues, en primer lugar, la pena tiene que demostrar al infractor que, a pesar de su expectativa de contravenir siempre la norma con su comportamiento, ésta sigue vigente⁷²⁴; y esta demostración se hace a costa del infractor⁷²⁵, lo que en definitiva es una forma de retribución⁷²⁶. Pero también es el

⁷²² Por ejemplo: “Pero, desde el punto de vista jurídico, no es decisivo qué es lo que fácticamente suele estar al comienzo de una actividad, sino aquello que mantenga una relación de equivalencia funcional, y lo cierto es que depende del estado de la organización de una persona – de un estado que es causal – que ésta deba intervenir actuando o que sólo deba esperar para configurar una organización que persigue un determinado objetivo” JAKOBS, G. Actuar y omitir. In: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara Editorial, 2005, p. 162.

⁷²³ “Partiendo de esa concepción, puede apreciarse que también la pena ha de ser **algo más que coacción**, que infligir dolor: debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones. Dicho de otro modo: el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones, pero la punición pone en claro que eso no es así”. JAKOBS, G. ¿Cómo protege el Derecho Penal y que es lo que protege? In: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara Editorial, 2005, p. 140.

⁷²⁴ “El hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama ‘prevención general positiva’”. JAKOBS, G. *¿Cómo protege el Derecho...*, cit., p. 139.

⁷²⁵ Al defenderla, Jakobs alaba el talión kantiano, porque de alguna manera encontró una proporcionalidad a esta reacción. JAKOBS, G. *¿Cómo protege el Derecho...*, cit., p. 142.

⁷²⁶ Analizando la función de la pena en Jakobs, tras explicar el sentido trascendente de la prevención general, Saad Diniz afirma: “No entanto, não há prevenção que não esteja vinculada a uma retribuição. Mesmo que a ideia reitera proponha ou estabeleça esquemas de operacionalização e recuperação de estabilidade normativa, a necessidade de intervenção surge de um momento inicial de rompimento da normalidade interpessoal. O sentido operacional da intervenção punitiva reporta-se aos comportamentos passados, para em momento posterior orientar a reação penal para a prevenção de riscos futuros. A ambivalência desse sentido permite reposicionar o ideário retribucionista. Toda intervenção preventiva pressupõe uma reação retributiva.” SAAD DINIZ, E. *Inimigo e Pessoa no Direito Penal*. São Paulo: Liberars, 2012, p. 82.

propósito del castigo no *aumentar* la probabilidad de nuevos delitos, para que la gente en general no llegue a dudar de la "realidad del sistema jurídico"⁷²⁷.

La evolución de Jakobs hacia la creación del derecho penal del enemigo supuso la inserción de una función más en la pena: adquiere el poder de otorgar el *estatus* de persona al individuo, porque, como condenado, se le *reconoce* la posibilidad de comunicarse dentro de la sociedad - si la comunicación del individuo fuera insolvente, no habría necesidad de contradecirle. Se trata de una clara inspiración hegeliana⁷²⁸ que, originalmente formulada para otorgar el estatuto de persona al individuo que de algún modo tiene la capacidad de comprender y obedecer la norma (que diríamos culpable), se traslada a la diferenciación entre quienes merecen una reprimenda y quienes deben ser apartados de la vida social, convertidos en inofensivos como fuente de riesgo⁷²⁹; la lucha contra el peligro ocupa el lugar de la situación de comunicación.

Así pues, no es nada difícil afirmar que este camino, que parte de la recomposición del sistema inspirada en Luhmann y se funde con la relectura que hace Hegel del concepto de *reconocimiento* como persona a través del castigo, es el que alcanza su máximo (o lo que se espera que sea su punto álgido) en el derecho penal del enemigo. En él encontramos la combinación exacta de la idea de prevención para el futuro, que el autor ya exponía cuando no reconocía al enemigo más que como un esbozo, y la exclusión de quienes no alcanzan la *condición* de persona. Cuando se combinan estos dos elementos, la prevención de riesgos futuros se considera una función de todo derecho penal, y la inocuización de los peligrosos, no personas, se convierte en una táctica elemental. Este es el núcleo del derecho penal del enemigo, en términos muy generales, que pasa de un

⁷²⁷ JAKOBS, G. *¿Cómo protege el Derecho ...*, cit., p. 143.

⁷²⁸ La idea de que el castigo reconoce al individuo como ser racional se encuentra en Hegel: "Por otra parte, no es únicamente el concepto del delito, su racionalidad en sí y por sí, con o sin el consenso de los individuos, lo que el Estado debe hacer válido, sino la racionalidad formal, el querer del individuo, que está implícito en la acción del delincuente. Como ser racional, el delincuente en **honrado con la pena**, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección". HEGEL, G. F. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Claridad, 1968, p. 109, § 100.

⁷²⁹ "Por lo tanto, en lugar de una que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación" JAKOBS, G. *Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Traducción: M. Polaino Orts. In: *El derecho penal ante las sociedades modernas: dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Lima: Grijley, 2007, p. 25.

derecho a proteger a un *derecho a combatir* (*Feindbekämpfungsrecht*) cuando identifica al enemigo.

La concepción de Jakobs sobre el papel de la pena interesa especialmente en el presente estudio, no solamente porque esté en la vanguardia del sistema latinogermánico, sino porque tiene puntos en común con la delación premiada: una pena que, aplicada en el presente, se proyecta al futuro⁷³⁰. Aunque vayamos a encontrar un eje distinto para la función de la pena, ella es lo que más se aproxima de un vínculo entre la disminución por la delación y el discurso de perdón.

También la evolución al derecho penal del enemigo fue, a su tiempo, un *foresight*, una visión bastante relevante de lo que sería el derecho penal del futuro: la disminución de las garantías para algunos que son considerados riesgos, en que cobra importancia la inocuización. Sin embargo, como ya se ha adelantado, ese necesario derecho de guerra o combate ganó otras dinámicas.

3.3.3.2.3.5 El camino de la multifuncionalidad: Mezger y Roxin

A sabiendas de que aquí se da un salto en el tiempo, el objetivo es demostrar que los autores, en general, observan en la pena una función mixta. Las radicalizaciones, que se manifiestan en funciones sistémicas extremas, tienen poco que ver con la experiencia práctica. De este modo, se elige, como prototipo para demostrar la finalidad de la pena en un autor de indudable capacidad e influencia dogmática, la visión de Edmund Mezger y, de manera más contemporánea, la de Claus Roxin. La propuesta de Mezger muestra su específica preocupación por la personalidad, mientras que Roxin se preocupa, como también le es característico, por no llevar el normativismo a sus últimas consecuencias, con lo cual ambos coinciden en la búsqueda de un equilibrio entre las funciones mencionadas.

En cuanto a los fines de la pena, Mezger identifica una triple vertiente: la prevención general, la prevención especial y el respeto a la personalidad. Para explicar la

⁷³⁰ Dentro de lo que aquí se defiende, hay una gran diferencia entre proyectar la pena al futuro y traer al presente una proyección de un futuro inventado. Ése es el papel de la pena, para nosotros: crear no una expectativa de comportamiento, sino una expectativa de solución de la delincuencia. No se trata de un juego de palabras. La idea de pena como solución de un conflicto está en el Capítulo 08.

prevención general, el penalista introduce una innovación al señalar que existe una disposición criminal común ("*latente Kriminalität*") en todas las personas. Así, la tendencia a cometer delitos no se limita a los delincuentes innatos, sino que es un sustrato de la vida anímica, que contiene en sí mismo la predisposición al crimen. ¿Y de dónde provendría este sustrato? Mezger lo explica: "de un período anterior de evolución, en el que se encontraban los deseos y las disposiciones criminales"⁷³¹. Por lo tanto, en esta primera función, la pena desempeña un papel psicológico y social, ya que actúa como un contrapeso para reprimir esta criminalidad latente mediante la intimidación que una pena justa y adecuada genera en los demás, cuyos efectos —ya no de intimidación— se extienden también al propio victimario del delito, puesto que la ausencia de castigo desencadenaría en él un sentimiento de provocación y activación criminal orientado al ataque del orden jurídico existente⁷³².

En lo que respecta a la prevención especial, la pena debe crear en el propio delincuente motivos futuros que le impidan reincidir en el delito⁷³³, pero con una peculiaridad: estos deben respetar las características personales (*persönliche Eigenart*) del autor para tener éxito, bajo riesgo de anular los motivos de la pena dirigida al futuro. Por ello, los "refinados métodos de investigación de la personalidad"⁷³⁴ que comenzaban a desarrollarse entonces eran, para Mezger, esenciales para los fines de la prevención especial.

Como último factor, Mezger destaca el respeto a la personalidad (*Persönlichkeitsachtung*) como un valor propio de la pena. Retoma expresamente el iluminismo para recordar que la personalidad del agente es un fin en sí misma (*selbständiger Zweck*), al que la pena debe atender, y por esta razón debe humanizarse. En su faceta positiva se encuentra esta humanización, mientras que en la faceta negativa

⁷³¹ "Diese aus einer früheren Entwicklungsperiode stammende Untersicht des menschlichen Seelenlebens mit ihren kriminellen Wünschen und Regungen bedarf der Mensch zum Leben so notwendig, wie die primitiven Bestandteile seines körperlichen Aufbaus". MEZGER, E. *Strafrecht: ein Lehrbuch*. Munique: Duncker & Humbolt, 1949, p. 503.

⁷³² „(...) ein Gefühl, das letzten Endes nichts anderes bedeutet, als die Aufreizung (Aktivierung) krimineller, d.h., gegen die bestehende Rechtsordnung gerichteter Regungen, welche die Strafe eben verhindern soll“ MEZGER, E. *Strafrecht...*, cit., p. 506.

⁷³³ Solo a modo de registro, en el § 75 de su *Lehrbuch* se encuentra una extensa disertación en contra de las penas privativas de libertad de corta duración.

⁷³⁴ "So läßt sich nicht verkennen, daß in den letzten fünfzig Jahren der strafrechtlichen Entwicklung der spezialpräventive Gedanke wesentlich an Bedeutung gewonnen hat. Teilweise hängt dies auch mit den verfeinerten Methoden der Persönlichkeitsforschung zusammen, die uns heute zu Gebote stehen". MEZGER, E. *Strafrecht...*, cit., p. 506.

está la función de retribución de la pena, que exige que el individuo sea castigado precisamente por el (des)valor de su acción⁷³⁵. La expresión kantiana de este pensamiento no necesita ser subrayada.

Roxin también presenta una triple vertiente, a partir de la constatación de que el derecho *amenaza, impone y ejecuta* las penas. Así, cada uno de estos ámbitos o fases debe legitimarse por sí mismo⁷³⁶. El primer ámbito, el de la amenaza, implica la legitimación de lo que se criminaliza, basada en la idea de protección de bienes jurídicos⁷³⁷. El segundo, el de la actividad judicial, al imputar y condenar, también responde a una lógica de prevención general, ya que la mera protección plasmada en la ley no tendría efecto; además, es en la culpabilidad individual donde se alcanza el fin de prevención general, evitando que un autor expíe la culpa de todos los demás, como bien critica Kant⁷³⁸. Por último, la ejecución de la pena debe tener como objetivo la resocialización, de modo que el cumplimiento de la pena, en la denominada ‘ejecución resocializadora’, también forma parte de las medidas preventivas.

Así, es normal para los autores del sistema latino-germánico combinar distintas funciones de la pena, fusionándolas para encontrar su legitimidad, aunque con matices de interpretación en cada construcción personal. En otras palabras, la separación de las funciones de la pena, especialmente las preventivas, no existe para que se elija una sola como el fin único de la sanción. Más aún, hacerlo parecería un error reduccionista.

⁷³⁵ “Der Gedanke der Persönlichkeitsachtung unterstützt diese Forderung von der negativen Seite her: er fordert, dass der Einzelne für nichts anders gestraft werde als für das, was seine Taten wert sind“. MEZGER, E. *Strafrecht...*, cit., p. 512.

⁷³⁶ “O nosso ponto de partida é que o atual direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando penas, e que estas três esferas de atividade estatal necessitam de justificação, cada uma em separado. Neste ponto, há que ter certamente em conta que os distintos estágios de realização do direito penal se estruturam uns sobre os outros e que, portanto, cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios precedentes”. ROXIN, C., *Problemas fundamentais...*cit. p. 26

⁷³⁷ Para una revisión completa de la teoría del bien jurídico en Roxin y comprensión de su estado actual, véanse los comentarios, especialmente los de Greco, en ROXIN, C., GRECO, L. *Direito Penal: Parte geral*, Tomo I Fundamentos, SP: Marcial Pons, 2024 pp. 172-173

⁷³⁸ “Numa palavra: o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual. Se se vai mais além e, portanto, se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana”. ROXIN, C., *Problemas fundamentais...*cit. p. 27

3.3.3.2.3.6 Nietzsche, el determinismo, la no responsabilidad y el fin de la moral

En el presente trabajo, la delación premiada pasa por un importante planteamiento moral, el conflicto ético que se revela desde el primer capítulo: el individuo que traiciona a sus excómplices en nombre de una ventaja personal. Así, el protagonismo del conflicto moral en el merecimiento del perdón salta a la luz. Ello hace que el estudio del papel de la pena, en este estudio, presente una peculiaridad: la posibilidad de que la pena esté simplemente vinculada a un complejo sistema de dominación moral, por decirlo de alguna manera, disfrazado de obligación ética de función del Estado. Si aceptamos esa posición, la consecuencia lógica sería que aquél que ultrapasa (o supera, o vence) ese sistema de moralización consigue una ventaja legítima. En otras palabras, que el mecanismo de sanción penal es un juego entre Estado y delincuente en que éste, al superar el ordenamiento moral, se impone como vencedor. Esa hipótesis, que ya se ha planteado brevemente en algún escrito⁷³⁹, obliga a estudiar la concepción de pena de un referente: Friedrich Nietzsche.

Filósofo de reconocida influencia de Spinoza, de quien dijo que fue su precursor⁷⁴⁰, y de Schopenhauer, a quien consideraba "el último alemán a tener en cuenta"⁷⁴¹, es importante mencionar el pensamiento de Friedrich Nietzsche, debido a su más vehemente rechazo de la moral y de la existencia de Dios, lo que le conduce a una visión bastante peculiar de la libertad de la voluntad. Sin embargo, la confesa -y, por así decirlo, intencionada- falta de pensamiento sistémico de Nietzsche, ya que el "ansia de sistema es una falta de honestidad"⁷⁴² provoca algunos problemas de intelección, especialmente en lo que se refiere a la coexistencia entre un hombre físicamente

⁷³⁹ Véase RODRÍGUEZ, V.G., *Livre arbitrio...*, cit.

⁷⁴⁰ Carta de Nietzsche a Franz Overbeck en julio de 1881: "¡Estoy asombrado y encantado! Tengo un precursor. ¡Y de qué género! No conocía casi a Spinoza y el que ahora me entrasen deseos de leerlo ha sido algo realmente instintivo. He hallado que no sólo su general tendencia es igual a la mía —hacer del conocimiento la pasión más poderosa—, sino también que coincido con él en cinco puntos esenciales de su doctrina, en los cuales aquel original y solitario pensador se acerca a mí grandemente, y que son: la negación del libre arbitrio, de la intención, del orden moral universal, de lo inegoísta y de lo malo. Aunque es cierto que la diferencia entre nosotros es enorme, ella depende, más que de nada, de la diversidad en época, cultura y ciencia. En suma: mi soledad que, como la altura en las elevadas montañas, me cortaba a veces la respiración, ha encontrado ahora un compañero". NIETZSCHE, F. *Epistolario*. Jacobo Muñoz (org.). Madrid: Biblioteca Nueva, 1999, p. 168.

⁷⁴¹ NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*. Traducción: J. Luís Labata. Madrid: Mestas, 2008, p. 94.

⁷⁴² "Desconfío de todos los sistemáticos y me aparto de su camino. El ansia de sistema constituye una falta de honestidad" NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 19.

determinado y la existencia de un ideal de superación, que sólo debería nacer de espíritus libres. Aun así, el filósofo es bastante claro al **negar toda validez al elemento moral**.

El conocido punto de partida de que "Dios ha muerto"⁷⁴³ enunciado por su doctrina arrojará mucha luz sobre su falta de compromiso con temas más trascendentes que el hombre por sí mismo, cuyas mayores cualidades se condensan en el "superhombre" (*Übermensch*), que es el sentido libre que el individuo otorga a su propio futuro, fuera de las ataduras de la moral, pero a menudo enraizado en las cualidades de algunos hombres clásicos, dotados de fuerza física, voluntad de guerra y ausentes de otros valores que no fueran los más puramente humanos. Invirtiendo la moral, o al menos libre de ella, el superhombre es fuerte y desprecia los valores menores, como la humildad. Así se convierte así en un alma más elevada, que ocupa un cuerpo superior, en torno al cual todo se transforma en espejos"⁷⁴⁴. A partir de este ideal de individuo sublime, que se aparta del camino moral y cuyo ansia de poder es una virtud natural, Nietzsche desconstruye el sentido del castigo, con algunas consecuencias relevantes para este estudio.

Nietzsche critica el racionalismo que surgió de los discípulos de Sócrates, porque no supieron reconocer que su maestro era la superación de sí mismo. El moralismo que surgió de Platón estaba condicionado por un racionalismo patológico⁷⁴⁵, y así se cerraron las puertas a lo que había sido intuitivo, provocando la decadencia de la humanidad. Todo lo que los filósofos han aportado desde entonces es un monismo teórico⁷⁴⁶, enraizado en el moralismo y en una búsqueda inútil de lo racional. Así se construye un mundo moral, un mundo "verdadero" que no es más que una distorsión del mundo real, visto a través de

⁷⁴³ “¡Ante Dios! Pero Dios ha muerto. Este Dios, hombres superiores, ha sido vuestro mayor peligro. Para que resucitarais ha sido preciso que yaciera él en su tumba. Sólo ahora vendrá el gran mediodía y también el hombre superior para ser el Señor. (...) Pues bien, ¡adelante hombres superiores! Sólo ahora va a dar a luz la montaña del porvenir humano. Dios ha muerto; nosotros queremos que viva el Superhombre” NIETZSCHE, F. *Así habló Zaratustra*. Traducción: Juan Bergua. Madrid: Esfera de los Libros, 2011, p. 287.

⁷⁴⁴ Así un sermón de Zaratustra: “Aún más despreciable le parece el obsequioso que se arrastra por el suelo e inmediatamente se pone panza arriba, temeroso y humilde; y también hay una sabiduría que se humilla, arrastra y es devota y obsequiosa. Odio y hasta asco le inspira quien no quiere defenderse y traga salivazos venenosos y miradas malévolas, y el paciente demasiado paciente, que soporta todo y con todo se contenta, porque tiene hábitos lacayunos. Lo mismo le da que sea servil ante los dioses y los puntapiés divinos que ante los hombres y las estultas opiniones de los hombres, porque este bienaventurado egoísmo escupe en la faz a todo servilismo” NIETZSCHE, F. *Así habló Zaratustra*, cit., p. 191.

⁷⁴⁵ “El moralismo de los filósofos griegos que aparece a partir de Platón está condicionado patológicamente; y lo mismo cabe decir de su afición por la dialéctica. Razón = virtud = felicidad equivale sencillamente a tener que imitar a Sócrates” NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 31.

⁷⁴⁶ “Todo lo que han venido manejando los filósofos desde hace miles de años no son más que momias conceptuales; nada real ha salido con vida de sus manos” NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 33.

una "**ilusión óptica moral**": los rasgos de lo que se dice verdadero son precisamente los rasgos distintivos del no-ser, de la *nada*⁷⁴⁷.

Es algo relevante destacar que el punto de partida naturalista del filósofo defiende el determinismo, con lo cual el individuo no es libre en sus decisiones. El filósofo recurre a su origen, el mismo de todo moralismo: el libre albedrío es creado por los teólogos para "responsabilizar a la humanidad, es decir, para hacer que la humanidad dependa de ellos"⁷⁴⁸, mientras que, según él, cualquier intento de buscar la responsabilidad se reduce a satisfacer el *instinto* de juzgar y castigar⁷⁴⁹. La idea de responsabilidad y culpa, dice literalmente Nietzsche, fue "inventada" por los antiguos sacerdotes, que "trataron de arrogarse el Derecho a imponer castigos o quisieron conferir a Dios ese Derecho"⁷⁵⁰. Y a partir de ahí entiende que los immoralistas -predicativo que se arroga- tienen la misión de eliminar todo el concepto de culpa y castigo. Para ello, es necesario destruir la idea preliminar creada por los moralistas: la responsabilidad de existir, que está estrechamente vinculada a la afirmación de la finalidad del hombre en su vida dentro del mundo. Para el filósofo alemán, no existe una finalidad para el individuo en la Tierra, sino sólo una *necesidad*: como fragmentos del Universo, "formamos parte del todo, somos el todo",⁷⁵¹ de modo que juzgar a alguien significaría, en última instancia, juzgar al Universo en su conjunto.

Aunque se trata de un pensamiento determinista clásico, hay que reconocer que Nietzsche abre nuevas senda cuando propone que el ideal del ser humano es la no responsabilidad. La gran liberación, dice Nietzsche, será no responsabilizar a nadie, porque no hay ningún individuo⁷⁵² que pueda ser la causa primera del universo⁷⁵³; y lo que le permite hacer esta innovación es el mencionado distanciamiento de cualquier valor moral, complementado con la creencia expresa en valores como el egoísmo y la violencia. Sólo así se justifica la ausencia total de castigo, si no es como búsqueda de poder.

La supresión de todo castigo *como castigo*, apoyada en la ausencia de valor moral, se convierte entonces en el eje de este análisis, dado que su propuesta resulta fascinante

⁷⁴⁷ NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 38.

⁷⁴⁸ *Idem*, p. 59.

⁷⁴⁹ *Idem*, p. 59.

⁷⁵⁰ *Idem*, p. 60.

⁷⁵¹ *Idem*, p. 61.

⁷⁵² NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 61.

⁷⁵³ Aquí está la relación entre Nietzsche y el determinismo empirista de su tiempo, que aparece claro en

a los ojos del derecho penal: **sin castigo y sin valores que proteger, el derecho penal sería prescindible**. Sin embargo, es imposible pasar por alto que la filosofía nietzscheana, aunque se encamina hacia el nihilismo y la liberación de las ataduras históricas, fracasa por sus propios resultados, al proponer un mundo absolutamente inmoral⁷⁵⁴. En términos muy tangibles, si el positivismo tuvo como una de sus consecuencias la apertura al ideal totalitario de los nazi-fascistas, Nietzsche fue su teórico más directo - con la debida licencia de sus defensores. No en vano los nazis hicieron uso de sus palabras, pues al construir un discurso incendiario contra el "ablandamiento de las costumbres"⁷⁵⁵, condujo a la exaltación de la fuerza⁷⁵⁶, la guerra⁷⁵⁷ y la violencia. Si a esto añadimos las repetidas divagaciones sobre una raza superior⁷⁵⁸ y la sugerencia de la destrucción de las inferiores⁷⁵⁹, nos encontramos ante un proselitismo de guerra⁷⁶⁰, que se materializa con la búsqueda constante de Nietzsche de un *ideal alemán*⁷⁶¹, que

⁷⁵⁴ Bayertz se pregunta por qué el individuo debe seguir la moral. Una de las justificaciones será la palabra de Dios. En este caso, a diferencia de lo que aquí planteamos, no se trata de un conflicto entre moral y religión, sino de un conflicto de la moral consigo misma. Utilizando el pasaje del Antiguo Testamento sobre el sacrificio de Isaac por Abraham (también analizado por Kierkegaard), afirma: "Im biblischen Text wird der Konflikt Abrahams bezeichnenderweise als die Spannung zwischen seiner Liebe zu Isaak und seiner Unterwerfung unter den Willen Gottes geschildert; irgendeine Art von genuin moralischen Bedenken werden nicht einmal angedeutet. Auch das Neue Testament kennt keine prinzipielle Differenz zwischen Moral und Religion". BAYERTZ, K. *Warum überhaupt moralisch sein?* Berlin: C.H. Beck, 2004, p. 89.

⁷⁵⁵ *Idem*, p. 109.

⁷⁵⁶ Julián Marías cree que este ideal de fuerza (inmoral) defendido por Nietzsche - que en el fondo era una reacción a la burguesía del siglo XIX - tiene mucho de "idea de caballero, del hombre animoso y pujante", em plena coincidência com os ideais cristãos, conquanto o filósofo alemão disso não se apercebesse. MARÍAS, J. *História de la filosofía*, cit., p. 354. Creemos que en realidad puede haber una coincidencia en este punto concreto, siempre que el ideal cristiano se interprete también desde una perspectiva muy estrecha.

⁷⁵⁷ "Los pueblos que han tenido algún valor, que han llegado a valer algo, no lo han conseguido con instituciones liberales: lo que les hizo merecedores de respeto fue el gran peligro, que el que nos hace tomar conciencia de nuestros recursos, de nuestras virtudes, de nuestras armas de defensa y ataque (...). Hay que tener la necesidad de ser fuerte; de lo contrario, nunca llegaremos a serlo" NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 112.

⁷⁵⁸ "Con vosotros acabaría por estropear todas mis victorias. Y alguno de vosotros se caería de espaldas al primer redoble de mis tambores. Además, no me parecéis bastante hermosos ni de buena raza" NIETZSCHE, F. *Así habló Zaratustra*, cit., p. 276.

⁷⁵⁹ "Las gentes me ladran porque les digo: la gente pequeña necesita pequeñas virtudes, y porque me cuesta trabajo creer que la existencia de la gente pequeña es necesaria" NIETZSCHE, F. *Así habló Zaratustra*, cit., p. 168.

⁷⁶⁰ Nietzsche enuncia-se a si mismo como belicoso e exalta a guerra como virtude: "Poder ser enemigo, ser enemigo supone quizá tener una naturaleza fuerte y, en cualquier caso, es lo que se da en toda naturaleza fuerte. (...) La inclinación a la agresividad forma parte de la fuerza, del mismo modo necesario en que el sentimiento de venganza y de rencor forma parte de la debilidad". NIETZSCHE, F. *Ecce Homo*. Madrid: Edimat, 2011, p. 50.

⁷⁶¹ Por ejemplo: "¿Quién no habrá pensado con melancolía en lo que podría ser el espíritu alemán? Pero este pueblo se ha vuelto estúpido voluntariamente, desde hace casi mil años; en ningún otro país se ha abusado más viciosamente de los grandes narcóticos europeos, el alcohol y el cristianismo" NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 70. Hay intérpretes que reconocerán en las afirmaciones de Nietzsche un evidente *antigermanismo*, pero a nosotros nos parece que, entendido en el contexto general de la escritura del filósofo, el texto parece una crítica a la carencia real de valores germánicos, es decir, a la exaltación del germanismo clásico, que, todo hay que decirlo, sería uno de los principales baluartes nazis.

rescataría a su pueblo de una decadencia insensata, similar a la de los demás países de Europa.

El contexto de la guerra europea sólo se inscribe aquí como demostración de que la vida del hombre sin valores morales es imposible porque conduce a la destrucción. Por eso, cuando Nietzsche afirma que el criminal es en realidad un virtuoso colocado en un medio inhóspito, uno que es "más fuerte que la sociedad", que sabe que será rechazado por un grupo cobarde y por eso sus pensamientos adquieren el "color de la clandestinidad", está siguiendo un camino apasionado pero irreal. El criminal sería el individuo recortado para la sociedad que defiende el filósofo, el que supera el gran "régimen de costumbres blandas"⁷⁶², el cual impera en la humanidad decadente, pero no se responde cómo serían los medios para igualar al grupo. Ello, aquí se sostiene, hace que la propuesta quede incompleta, como una utopía poco explicada. Para Nietzsche, el criminal - en general - es aquel que desarrolla odio y venganza contra una sociedad que ya no lo acepta, y así, libre de ataduras morales, se admite como superior.

Y cuando Nietzsche eleva a estos hombres a un estatus superior - ya sea el criminal, Zaratustra o el *Übermensch* - está describiendo sin duda a alguien que se libera del contexto medio, que busca su propia libertad. Es la "voluntad creadora"⁷⁶³ y el "espíritu libre"⁷⁶⁴ a los que se refiere repetidamente. Esta libertad, que el ser superior alcanza o debería alcanzar al darse cuenta de la decadencia e imbecilidad de las costumbres morales que promueve, se opone efectivamente a su concepción determinista del hombre como un fragmento indisociable del universo. En otras palabras, si todas sus consideraciones sobre los hombres superiores indican una libertad de conciencia que, al menos parcialmente, rompe con su afirmación de que la creencia en la libertad es un error filosófico; e incluso si existiera la posibilidad de pensar que solo el hombre superior es libre, tendría que situarse como un ser fuera de toda la estructura universal, algo que el filósofo no se atreve a afirmar.

⁷⁶² Las expresiones resaltadas en el párrafo están en el subtítulo dedicado a los delincuentes en el "Ocaso de los Ídolos". Cf. NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 122-124.

⁷⁶³ "La voluntad liberta, porque la voluntad es creadora. Esto es lo que enseño. Y sólo debéis aprender a crecer" NIETZSCHE, F. *Así habló Zaratustra*, cit., p. 206.

⁷⁶⁴ El subtítulo de su obra *Humano, demasiado humano* indica: "Um livro para espíritos livres". Em outra obra, explica essa indicação: "El título de la obra significa: 'donde vosotros veis objetos ideales, yo veo cosas humanas y, ¡ay!, demasiado humanas'. Yo conozco mejor al hombre. La expresión 'espíritu libre' quiere significar aquí solo una cosa: un espíritu que ha llegado a ser libre, que ha tomado posesión de sí mismo". NIETZSCHE, F. *Ecce Homo*. Madrid: Edimat, 2011, p. 103.

En cuanto a la moral, sus ideas también carecen de cierta coherencia, lo cual se explica en parte por su negativa a sistematizar su obra: decir que hay un intento de responsabilizar a los teólogos y que, al mismo tiempo, esta responsabilidad es la satisfacción de un instinto nos parece una contradicción, porque los instintos humanos serían deseados por todos y no sólo por un grupo. Es más, para Nietzsche, toda moral es *negadora* de los instintos humanos⁷⁶⁵, de modo que ella serviría, si juntamos los fragmentos distantes de los textos nietzscheanos, tanto para refutar como para satisfacer a los instintos.

Aun así, el análisis de sus textos no deja de sernos útil: la evolución, o el intento de evolución, hacia un mundo sin moral, en el que el hombre reconoce sus propios instintos y declara la superioridad de unos valores distintos (esos valores que centrarán los comentarios del filósofo) a los normalmente propugnados -tan al contrario que Kant- no deja de ser relevante para el tema de esta monografía.

Hay, sin embargo, algunos puntos de **extrema coherencia** en el pensamiento de Nietzsche que conviene reconocer aquí. Fue el único filósofo que señaló que no sólo cualquier castigo⁷⁶⁶, sino cualquier responsabilidad del individuo es indebida, a causa de la esclavitud de la voluntad humana. En otras palabras, reconoce directamente, sin más necesidad de retórica, que lo determinado por el hombre y la responsabilidad se excluyen mutuamente. Y esta afirmación sólo aparece en Nietzsche porque éste consigue, de forma audaz y única, erradicar cualquier moral de su corpus filosófico. Se trata de un logro enorme.

Caso fuese posible retirar toda la moral del derecho penal, el análisis de la delación premiada sería mucho más simple: el Estado compensa a quien colabora con él, sin otras

⁷⁶⁵ Merece la pena copiar el pasaje concreto para documentar lo que decimos: “La moral que va en contra de la naturaleza, o sea, casi toda la moral que se ha enseñado, respetado y predicado hasta ahora, va precisamente en contra de los instintos, a los que condena, unas veces de forma solapada y otras de un modo ruidoso y descarado. Cuando dice que ‘Dios ve lo que hay en nuestro corazón’, la moral va en contra de los deseos más bajos y más elevados de la vida y considera a Dios como *enemigo de la vida* (...) La vida termina donde empieza el ‘reino de Dios’...” NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*, cit., p. 47. Así, al mismo tiempo, el filósofo afirma que la creencia en el libre albedrío es una imposición moral *para* satisfacer un instinto, cuando su principal postulado es que la moral es la negación de los principales instintos.

⁷⁶⁶ Nietzsche evalúa la pena surgida incluso del derecho de obligaciones, y dice que “culpa (o deuda)” y “sangre” siempre han ido juntas, y en este sentido el imperativo categórico de Kant “tem odor de crueldade”. „Und dürfte man nicht hinzufügen, daß jene Welt im Grunde einen gewissen Geruch von Blut und Folter niemals wieder ganz eingebüßt habe? (selbst beim alten Kant nicht: der kategorische Imperative riecht nach Grausamkeit...)” NIETZSCHE, F. *Zur Genealogie der Moral*. Leipzig: Alfred Kröner Verlag, 1930, p. 295.

cuestiones que plantear, como – ahora sí y con la disculpa del salto histórico – la situación de *selfish* de la game theory. El problema está en que la consecuencia del alejamiento moral es el fin, en sentido de exterminio, del Derecho penal. Eso también está muy claro en su corpus filosófico, pero nos plantea un problema lógico, si insertamos en ello la delación premiada: estudiamos la estructura y las consecuencias de una figura penal en una *corpus* que rechaza el derecho penal mismo⁷⁶⁷.

Por otra parte, es necesario reconocer que el rechazo nietzschiano al derecho penal no significa que, en la realidad no-ideal, la pena no adquiera un sentido. El autor señala claramente tres de sus funciones: (1) un impuesto que cobra el Estado para alejar el individuo de la barbarie, es decir, de una posibilidad de venganza privada; (2) la pena para mantener un permanente estado de venganza por aquellos que se entienden superiores, y (3) pena como combate al enemigo de la paz y del orden. En ese sentido, una vez más, se nota que la **pena como forma de guerra, o de manutención de los enemigos como aliados del sistema**, no solo no es algo novedoso, sino que es recurrente en la percepción de la pena⁷⁶⁸.

La percepción de Nietzsche, según la posición aquí defendida, introduce la importante novedad de que el derecho penal no se justifica por sí mismo, al igual que la pena. Esto implica que no existe un elemento ético capaz de legitimar la pena. Así, el individuo que logra superar la fuerza del Estado, obteniendo la anulación de la pena al alinearse con sus intereses y colaborar con ellos después de haberlos enfrentado, es quien mejor comprende el sistema funcional de la humanidad. Sin duda, esa percepción debe incluirse en la concepción de una pena que pueda incorporar la delación premiada.

Tomar posición sobre la función de la pena es esencial para definir la operatividad de la delación premiada o, en términos más específicos, del premio a la delación. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el camino hacia ello es aparentemente

⁷⁶⁷ Si se realiza un análisis más detenido, incluso de la composición gramatical del filósofo, se observa que todas las razones de las figuras penales, incluida la pena, se expresan en condicional. Es decir, la legitimación de la pena se plantea como una hipótesis, dado que su conclusión es que no debería existir. Si se permite una crítica más contundente, el problema radica en que algunos utilizan a Nietzsche como un punto de partida para el normativismo, basándose en la moral y en las relaciones psíquicas, sin tener en cuenta que, para el filósofo, el derecho penal no se justifica en sí mismo.

⁷⁶⁸ :“Pena como pago de honorario, estipulado por el poder que protege el infractor contra los excesos de la venganza. Pena como compromiso con el estado natural de la venganza, en la medida en que razas poderosas mantienen todavía ese estado y lo reivindican como privilegio. Pena como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que (...) se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra” NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*. Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 104.

indirecto: primero, se comprende la pena; luego, se define la función de la rebaja por la delación. Es posible, como se aclarará en el último capítulo, que la previsión de la delación asuma una función autónoma, distinta de la mera reducción proporcional en relación con la función original de la pena.

Con esta progresión, es necesario plantear algunas tomas de posición: primero, si la disminución de la pena por la delación satisface criterios de corrección. Esto significaría preguntarse si la rebaja de condena existe porque la colaboración del reo con la justicia implica creer en su rehabilitación. Si se entiende que la rehabilitación es el objetivo de la pena, el proceso de delación, la creación de una narrativa, y la entrega de bienes e información sobre los cointervinientes se convierte en parte de la pena, como se verá en el proceso de perdón y justicia restaurativa.

Sin embargo, si se acepta la norma como esencialmente preventiva a nivel general, la rebaja por delación cumple un papel diferente: confirma la validación del ordenamiento jurídico por el Estado-juez, que impone condiciones específicas para la reducción de condena. En este contexto, el delator no solo es aquel sobre el cual el Estado ejerce su reacción punitiva mediante el proceso penal y las condiciones de la delación, sino también quien fomenta la actuación futura de ese poder-deber punitivo ante otros individuos. En este caso, se trata de un cálculo utilitario interpersonal: la reducción de pena a un delator de menor rango en la organización criminal implica una ganancia en la imposición de una pena mayor a otros autores, a quienes el *enforcement* no alcanzaría sin dicha reducción.

3.4 Pena: la toma de postura

La posición aquí defendida, acerca de la función de la pena, presenta algunas diferencias respecto a los aportes establecidos en la literatura jurídica, por actuales que sean. Sin embargo, coincide en un primer punto con la mayoría de la doctrina contemporánea⁷⁶⁹: con Mezger y con Roxin, estamos en que la pena no puede asumir una función única. Aunque desde una perspectiva científico-argumentativa resulte coherente orientar la pena en una sola dirección, esto estaría en desacuerdo con la realidad. Para ser mínimamente legítima, debe apoyarse en distintas finalidades. Por lo tanto, quienes

⁷⁶⁹ Al menos, en lo que se refiere a la literatura jurídica latinogermánica.

sostienen un fin único para la pena difícilmente logran responder a las críticas sobre su carácter absoluto.

Además, es importante considerar que la racionalidad de la pena es *ex post*. La pena es una construcción histórica y surge de la experiencia; por ello, el sufrimiento y el dolor siguen siendo sus principales métodos, aunque la teoría pudiera indicar lo contrario. El efecto simbólico del derecho penal⁷⁷⁰ y de la pena se manifiesta aun cuando no todos quienes operan en el derecho sean plenamente conscientes de ello. Como apunta la conocida crítica, si la pena fuera simplemente un medio de revalidar el ordenamiento (en términos de prevención general positiva), bastaría con notificar al individuo de que ha sido condenado, informándole de que el Estado reprocha su conducta típica y seguirá haciéndolo si persiste en ella. Otra cuestión es que el sufrimiento y el dolor se instrumentalicen dentro de un derecho penal simbólico, en el que el Estado envía el mensaje de que la situación conflictiva generada por el delito ha sido controlada mediante su autoridad. En este sentido, la prevención general positiva resulta más realista⁷⁷¹.

Así, existe una experiencia inicial que demuestra un mínimo necesario de castigo y sufrimiento, el cual solo puede ser legitimado mediante la culpabilidad; por lo tanto,

⁷⁷⁰ Los ejemplos de cómo la legislación penal se incrementa para ofrecer respuestas inmediatas a problemas sociales son frecuentes. Así señala Javato Martín, respecto al delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter del CP), que este se introdujo en la legislación española principalmente debido a dos escándalos de corrupción: “Este dato (de política legislativa) unido a la inconcreción y deficiencias de las figuras delictivas, a la que aludiremos en páginas sucesivas, nos conduce a afirmar que nos hallamos ante una legislación “simbólica”⁸⁵, de “emergencia” en la que se renuncia a la eficacia y coherencia normativa en aras a calmar a la opinión pública y restablecer la credibilidad política”. JAVATO MARTÍN, A.M. El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. núm. 19-26, 2017, p. 26

⁷⁷¹ Aunque en perspectiva crítica, DURAN MIGLIARDI hace buen resumen de esa función simbólica, en términos concretos: “En este sentido, se señala que los efectos simbólicos buscados por tal legislación penal estarían conectados a la función, asignada a la norma jurídica en general y especialmente a la norma penal, de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos cuya capacidad de influencia estaría dirigida exclusivamente a las mentes o conciencias de los ciudadanos, en las que se producirían emociones o, al menos, representaciones mentales, individuales o colectivas, que valoran o desvaloran tales mensajes” DURÁN MIGLIARDI, M. La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Rev. derecho* (Valdivia), v. 29, n. 1, jun. 2016. Por su parte, Frisch entiende, como tantos otros autores, que el hecho de que la pena fuera una reacción previsible por el autor hace que esa instrumentalización no perjudique la legitimidad de la pena. Asimismo, la pena se muestra como justa frente al autor y susceptible de legitimación, pues éste solo acaba por recibir aquello que le había sido anunciado y aquello que puede asumir de manera justa (“a modo de compensación”) conforme a principios jurídicos generales como la medida para conjurar el peligro que él mismo ha provocado de manera responsable (a saber, de erosión de la norma por la reacción que no surte efecto).⁴⁶ Con otras palabras, el castigo se muestra entonces como legítimo porque se recurre al autor únicamente para conjurar el peligro de erosión de la norma que precisamente él provoca a través de su cuestionamiento de la vigencia del Derecho, que aparece como necesario y adecuado y le había sido previamente anunciado”. FRISCH, W. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*, n. 3, 2014, p. 17

hay un elemento imprescindible de reproche, de castigo en el sentido kantiano. Esto se proyecta hacia el futuro en dos dimensiones: la disuasión y, en gran medida, la prevención positiva. La idea de que la prevención positiva sirva para "revalidar el ordenamiento" es una forma suavizada de expresar, siguiendo a Nietzsche, que se trata de una estrategia de lucha contra quienes se oponen a un sistema de orden. No estamos sugiriendo que la pena sea ilegítima o ajena al Estado de Derecho: aunque puede ser *excepcional*, no es *extrajurídica*⁷⁷²; al contrario, la manutención del orden deseado por el Estado coincide con los valores sociales, en una retroalimentación sistémica.

Pero no es temerario concluir, aquí, aunque sin pruebas empíricas, que la incesante marcha de los Derechos Humanos provoca que la percepción de ese casi inevitable castigo por el dolor, que la pena fatalmente entraña, genere una constante sensación de irracionalidad en el sistema. Y de ahí que pueda empezarse a cuestionar las razones fundamentales del castigo y el sistema de 'verdad' artificial que es objeto de crítica sociológica, desde Foucault hasta Garland⁷⁷³, entre otros. Estas son críticas rotundas pero, si se nos permite decirlo, estériles para proponer sustituciones radicales. Es un hecho que el sistema de castigo funciona de manera deficiente⁷⁷⁴, pero es necesario dejar de lado esa discusión casi eterna para avanzar hacia lo posible: **la evolución de los Derechos Humanos** provoca, por una simple comparación, que la pena parezca irracional o, al menos, fuera de la racionalidad del Derecho. Así, la tesis de que **la pena es 'extrajurídica'**, si se plantea a nivel sociológico, indudablemente tendría mucho eco. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se reconocen los esfuerzos por alcanzar una

⁷⁷² Véase, atrás, 3.2.1.

⁷⁷³ Entre tantos, la crítica de Garland: "En este contexto, criminólogos, penitenciaristas y científicos sociales llegaron a la conclusión de que los modelos actuales – especialmente los relacionados con el sistema penitenciario – parecen cada vez más 'irracionales', 'disfuncionales' y contraproducentes". GARLAND, D. *Castigo y Sociedad Moderna un estudio de la teoría social*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2006, p. 19. La literatura sobre el fracaso de las prisiones desde Foucault, Garland, Stone y tantos otros sería vastísima, pero aquí se entraría en la sociología penitenciaria. Suele escapar a los sociólogos, pero no a los penalistas, el trabajo fundamental de John Howard, que aquí se recorta como forma de documentación apenas. Desde el inicio de su obra, el punto de vista humanitario. "Hearing the cry of miserable, I devoted my time to their relief (p. 22)". Hasta su conclusión: "I hope not to be entirely deserted am the purpose – of alleviating the distresses of poor debtors and other prisoners; of procuring for them cleanly and wholesome abodes (...); - of abolishing, or at least reducing, the oppressive fees of clercks of assize, ad of peace (...) and restraining the shocking debauchery and immorality which prevails in our goals and other prisons" in: HOWARD, J. *State of prison in England and Wales*, Temple Press – JM Dent and sons, 1929 (publicado originalmente en 1777)

⁷⁷⁴ Aquí no se desprecia que las afirmaciones que sean verdaderas pero poco prácticas no vengán a tener su efecto en el futuro. Como presenta el conocido libro de Sertillanges aunque desde una perspectiva religiosa, "Every truth is practical; the most apparently abstract, the loftiest, is also the most practical. Every truth is life, directon, a way leading to the end of the man" SERTILLANGES, A. G. *The intellectual life: in spirit, conditions, methods*. Washington: Catholic University of America Press, 1998, p. 21.

gran racionalidad en la previsión y imposición de la pena, aunque sus fundamentos y resultados sean cuestionables. Decir que la pena es ‘extrajurídica’ implicaría desprestigiar todas las reglas sobre la pena, desde la sanción prevista en el tipo hasta las demás instituciones, como las reglas de cálculo, las relaciones con la culpabilidad o las propias excepciones a la punibilidad. Además, esto incluiría también todas las cuestiones de ejecución y vigilancia de la pena, como la libertad condicional, donde incluso, en el Código Penal Español (art. 90.8), aparecen consideraciones de delación premiada.

Lo que la postura aquí adoptada aclara es una proposición lógica basada en las funciones clásicas: si la prevención general, especialmente en su faceta positiva, es una estrategia comunicativa del Estado para revalidar su superioridad, también pueden darse momentos en los que la inestabilidad del ordenamiento se acentúe debido a ataques más intensos. En esos momentos, pueden desplegarse otras tácticas dentro de esta función, también nietzscheana, de combatir al enemigo. En este contexto, la delación premiada o el perdón pueden adquirir mayor relevancia como mecanismos funcionales más sofisticados, con carácter de excepcionalidad, aunque eventualmente se integren en la práctica ordinaria según aumente la intensidad del conflicto⁷⁷⁵. Mientras sea posible prescindir de ese mecanismo, la función de la pena seguirá orientada a solucionar el conflicto y revalidar el ordenamiento, como se explicará con mayor detalle en el último capítulo⁷⁷⁶.

Toda esta racionalidad, por supuesto, no se materializa en el momento de aplicar la pena. Esta también surge de la experiencia del juez, quien calculará intuitivamente el castigo merecido y, luego, en un análisis ex post, hallará los fundamentos que justifiquen la pena final, en un proceso inverso no difícil de realizar. Es el postulado, muy vinculante, del realismo jurídico: la pena se calcula mediante comparaciones intuitivas⁷⁷⁷. Para

⁷⁷⁵ Específicamente sobre la delación premiada, Iglesias Río, con su precisión vocabular, denomina esa excepcionalidad como evitar “la imagen de una generalización de indulgencia”: “La seriedad de la intervención penal debe tratar de desterrar la imagen de una generalización de la indulgencia y tener presente el criterio de aproximar cualitativa y cuantitativamente la pena a la lesividad objetiva del hecho y a la culpabilidad individual del sujeto. Solamente se podría ‘recuperar’ la confianza en la lucha contra las asociaciones terroristas o de criminalidad organizada si estas normas premiales tuvieran una evidente repercusión eficaz en su desarticulación, si el ciudadano observa un progreso en esta lucha” IGLESIAS RÍO, M. A., *La dudosa legitimación de la figura...* cit. p. 17

⁷⁷⁶ Sobre la escala de combate, véase 8.10.1.

⁷⁷⁷ Hay que admitir la razón del *realismo jurídico*, que sostiene que el juez toma decisiones *ex ante*, y lo fundamenta argumentativamente. Se suele hacer referencia al texto de Karl Llewellyn: *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* (1930), como inicio del realismo jurídico. El texto, para su época, es uno de los más relevantes que, creemos, pueden existir para el estudio real de los fundamentos del texto jurídico, no necesariamente la delación. Llewellyn defiende que los operadores jurídicos trabajan mucho más con

intentar minimizar esta falta de racionalidad, es necesario construir **un sistema que explique con mayor precisión los parámetros** para la rebaja de pena por delación⁷⁷⁸. Al final, la intuición es, al menos en la etapa en que estamos en el desarrollo del premio al delator, lo que rige las decisiones sobre lo que se pierde al favorecer al delator y se buscan resultados futuros de combate⁷⁷⁹. Considerando que muchas veces esas decisiones ni siquiera son fundamentadas por el juez, debemos reconocer que los instrumentos de control sobre esta intuición son aún más débiles. Sin embargo, no podemos avanzar en este análisis, ya que entraríamos en el ámbito del derecho adjetivo.

3.5 Conclusión

En relación con las preguntas planteadas al inicio de este capítulo⁷⁸⁰, estas páginas de repaso sobre la función de la pena permiten aclarar que: es posible legitimar el carácter interpersonal de la pena, es decir, la compensación que existe entre la rebaja de pena al delator para que el Estado logre una mayor aplicación de derecho penal hacia los delatados. Para eso, es condición abandonar la perspectiva kantiana, la única que proscribía toda instrumentalización del condenado. Las teorías de prevención general tienen un sesgo utilitarista, ya que la pena aplicada excede la persona del individuo para

los *intereses*, superponiéndolos al propio derecho sustantivo, sin ignorar a los juristas históricos ni la disociación realizada por Jhering. En sus palabras: “the substantives rights and rules should be removed from their present position at the *focal point* of legal discussion, in favor of the *area of contact* between judicial behavior and the behavior of laymen; that substantives rights and rules should be studied not as self-existents, nor as a major point of reference, but themselves with the constant reference to the area of behavior contacts” (p. 442). “The approach here argued for admits, then, out of hand, some relation between any accepted rule and judicial behavior; and then proceeds to deny that that admission involves anything but a problem for investigation in the case in hand; and to argue that the significance of the particular rule will appear only after the investigation of the vital, focal phenomenon: the behavior. And if an empirical science of the law is to have any realistic basis, any responsibility to the facts, I see no escape from moving to this position”. (p. 444). LLEWELYN, K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, 1930, p. 431-465. Véase también, del mismo autor, LLEWELLYN, K. N. Some realism about realism. Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, 1930. Para una interpretación más actualizada del realismo, véase: MARZOCCO, V. El realismo jurídico americano: perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas. *Derechos y Libertades*, n. 39, 2018, p. 157-176. También en ese sentido: LEITER, B. American Legal Realism. *University of Texas Law: Public Law Research Paper*, n. 42, 2002. LIND, D. Logic, Intuition, and the Positivist Legacy of H.L.A. Hart. *SMU Law Review*, v. 52, 1999. Todos son literatura imprescindible, que este autor ha trabajado en momentos diferentes de su producción, pero que aquí pueden servir como referente, si acaso sea importante profundizar.

⁷⁷⁸ Es lo que se propone en el capítulo 08.

⁷⁷⁹ Evidentemente, esa intuición, si se admitiera un utilitarismo total, podría ser sustituida por los cálculos de la Teoría de Juegos. Sin embargo, como se ha visto, estos cálculos no se transportan a la práctica del derecho penal, por la serie de razones que se ha expuesto en el tópico 2.9, atrás.

⁷⁸⁰ Véase, atrás, 3.1.

servir de mensaje a la colectividad: sea para que otros posibles delincuentes comprendan que también serán castigados, o para que, a pesar del ataque del condenado, el poder del Estado (o el orden constitucional, o los valores del ordenamiento jurídico) permanezca intacto. Así, el hecho de que los efectos de la pena trasciendan de la persona del condenado en un claro utilitarismo no es un monopolio de la delación premiada. Esta, al menos, implica una disminución de pena al delator, lo cual significa menos sufrimiento, lo que, a su vez, resulta casi siempre en una ganancia de legitimación en un Estado democrático.

En cuanto a la función de la delación premiada en el sistema penal, se confirma progresivamente que esta asume un estatus propio, un carácter autónomo. Es decir, no es solo un instrumento para la imposición de la pena a los delatados, sino que, en parte, posee una función propia. En última instancia, en casos más complejos, la delación constituye una amenaza de que el derecho penal podría, por primera vez, ser eficaz. Esto implica que la delación deja de ser una mera catalización del *enforcement* estatal para asumir una función autónoma de prevención general negativa. No se trata de una novedad respecto a la función de la pena, sino de la autonomía relativa del premio al delator frente a la pena, especialmente en lo que respecta a la función de prevención general negativa.

Fuera del círculo conceptual de la pena, la delación puede asumir el carácter de perdón, lo que implica otros valores. No obstante, esta es una hipótesis reservada para los capítulos 06 y 07. Aquí se aborda el papel de la reducción de la pena al delator. Y, en este aspecto, debe reconocérsele cierta autonomía dentro de la prevención general.

Las consideraciones conclusivas del capítulo 08 buscarán sistematizar los valores involucrados en dicha reducción de pena en relación con los criterios de necesidad para el combate del delito.

CAPÍTULO 04: LA PUNIBILIDAD

4.1 Introducción

Desde el inicio de este estudio se ha puesto de manifiesto que el campo de la punibilidad es el lugar dogmático para la rebaja de la pena al delator. La reducción de la pena solo encuentra su justificación en un sistema coherente de derecho penal como conducta posdelictiva positiva, ya que no forma parte de la descripción del tipo penal ni de la exclusión de antijuridicidad (lo injusto), ni siquiera cabe en la culpabilidad⁷⁸¹, nuevamente por un elemento temporal: la delación, por regla general, no existe hasta el momento en que el delito ya se ha perfeccionado.

Con todo, en virtud de otras consideraciones y planteamientos aquí ya enunciados sobre la delación premiada, la revisión específicamente de esa categoría dogmática tiene el potencial de aportar otras respuestas relevantes al estudio general. Siendo así, hay al menos tres cuestiones en las que la punibilidad se ve involucrada, que aquí serán abordadas, aunque tal vez no todas en este capítulo⁷⁸².

La primera de ellas es si esa categoría es capaz de mantener la delación premiada dentro de los límites de la dogmática del derecho penal. Ello conduce a la interrogante de si es posible asumirla como un elemento que justifique integralmente la disminución o anulación de la pena del delator. Tal camino mantendría la racionalidad del ordenamiento, sin que la delación se transforme en un sistema puramente negociado y desvinculado del orden normativo. La principal consecuencia de que esa no sea la hipótesis sería que alguna

⁷⁸¹ La idea de que la delación sea señal de arrepentimiento y, así, se pueda retrotraer a la culpabilidad del momento del delito, aunque sostenida por autores como Jescheck, es poco realista. Véase, adelante, los comentarios sobre el texto: JESCHECK, H. H. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. *Eguzkilore: zientzia kriminologikoen aldizkari elektronikoa*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 9, 1995, especialmente p. 36.

⁷⁸² Véase, atrás, 1.6.

sinrazón dogmática, es decir, la imposición de argumentos meramente políticos o de política criminal, contamine todo el sistema de circunstancias o causas de aumento o disminución de pena⁷⁸³. Es preciso contar con suficiente solidez para determinar si la punibilidad logra aportar esa proporcionalidad, concediendo legitimidad a la reducción o anulación de la pena.

El riesgo es bastante grande: que la punibilidad se transforme en una justificación nominal a la falta de razón sistémica de la disminución de la pena, una vez que permite neutralizar de la sanción. En otras palabras, si admitimos la variación en un límite entre cero y uno (entre absolución y pena integral), la delación deja de ser algo incidental para **convertirse en el núcleo del cálculo** de la pena. Esto conllevaría una serie de consecuencias que obligarían a la justicia negociada, ya que los baremos de negociación, si están desvinculados del tipo penal, deben ser creados en el momento, a partir de análisis de utilidad en vista del objetivo de la 'política criminal del Estado'⁷⁸⁴. Todo esto, como se puede apreciar, es muy vago para el sistema de penas tal y como está. Serían necesarios más elementos que logaran legitimidad⁷⁸⁵.

La segunda cuestión derivada es determinar si es legítimo, dentro de un sistema dogmático, que exista una válvula de escape (*Druckbegrenzungsventil*) que opere cuando haya un exceso de presión en la política criminal con el objetivo de obtener resultados. Esto ya ha sido ampliamente estudiado en relación con otras figuras de la punibilidad, y puede servir de orientación para evaluar la posibilidad de su aceptación o necesidad en el sistema penal.

⁷⁸³ En ese sentido, la paradigmática decisión del Tribunal Supremo, por su Sala Tercera, TS 5597/2013, que dictamina que hay que haber control judicial de la gracia, para cumplir con el poder-deber de “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. El texto está comentado en URKOLA IRIARTE, M. ¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013. *Revista Vasca de Administración Pública/ Herri-Arduralaritzarako Euskal Aldizkaria*. 2935-2984, 2014. Para el autor: “En la vida actual, la obligatoriedad de las decisiones públicas no se basa simplemente en la *legitimidad del título* en virtud del cual se asume el poder, sino que se requiere una añadida *legitimidad del ejercicio*, facilitada por la correspondiente motivación”, p. 2921

⁷⁸⁴ Aquí, recuperamos la expresión ya existente en la ley colombiana para justificar la delación. Véase, atrás, 1.6.2.

⁷⁸⁵ Asúa Batarrita refiere incluso una “praxis acomodaticia que no debe aceptarse resignadamente en detrimento de la consistencia necesaria para la credibilidad de la justicia” ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes posdelictivas...*, cit., p. 54. De hecho, no es difícil percibir que el Poder Judicial se constriñe cuando deja a la ‘política del Estado’ la función de decidir sobre la aplicación de la ley penal. Ese, claro, no es el peor efecto colateral de la falta de seguridad y previsibilidad de las penas, pero hay que tenerlo en cuenta..

Si se admite este postulado anterior, el siguiente paso es determinar si la proporción en la disminución de la pena responde a un razonamiento específico en la delación premiada y si existe una fórmula para ello. Así, se regresa al problema de que las razones para la disminución de la pena no coinciden con las de su imposición con signo vectorial invertido. En ese sentido, si se acepta como punibilidad, es necesario identificar las razones suficientes en la delación premiada que justifiquen la reducción de la pena y determinar si estas estarán especificadas como punibilidad o si permanecerán implícitas, como en el caso de la legislación argentina, que hace una remisión al tipo penal imperfecto, en las reglas de tentativa⁷⁸⁶. Se trata de un ejercicio de fundamentación, en la medida de lo posible, para alcanzar la legitimidad⁷⁸⁷.

Aquí es importante destacar que no es posible admitir que la excusa absolutoria o la disminución de la punibilidad, al representar una no aplicación del derecho penal, pueda permanecer en un estado de pura anomia. Cuando se evalúa el criterio de "punibilidad", el injusto culpable ya está configurado, por lo que se trata de una situación de restricción. Aunque se pueda adoptar un posicionamiento extremadamente formalista-legal, la positivación de la voluntad del Estado no encuentra en estas hipótesis su legitimidad únicamente por operar en favor del reo⁷⁸⁸.

Por último, la cuestión lógica. Si la no imposición de la pena implica la anulación de toda la sanción del tipo, surge un problema aún más grave: determinar si el conjunto de la delación premiada encaja en el sistema penal. Esto conduce a la cuestión de, para emplear un lenguaje casi luhmanniano, investigar la completitud de los conjuntos, es decir, si el sistema normativo constituye un conjunto que no posee simplemente una válvula de escape, sino un elemento de singularidad (la situación del delator como un elemento no comunicable con lo sistémico), independiente de las matrices del sistema penal ordinario y del Código Penal. O, por el contrario, si se trata de un conjunto completo que integra reglas penales y punibilidad como elementos combinables. Estas son cuestiones mucho más impactantes en la realidad penal de lo que parece a primera vista, ya que buscan preservar la racionalidad del sistema punitivo.

⁷⁸⁶ Véase, atrás, 1.6.3

⁷⁸⁷ Es lo que, de modo sintético, se enuncia como $x \neq x$. Véase, adelante, 8.9.1.

⁷⁸⁸ Por ello, la ley española determina, en el art. 570, *quater*, que el juez fundamente la sentencia, en caso de beneficio al delator. Véase, adelante, 5.4.

Estas cuatro interrogantes giran en torno al mismo tema: la preservación de la sistemática y la legitimidad del derecho penal. Por lo tanto, no pueden ser abordadas en su totalidad en este capítulo, pero conocer la funcionalidad y los límites de esta figura de punibilidad contribuye a la toma de posición en el último capítulo.

4.2 Revitalización de la categoría

A diferencia de otras categorías como la tipicidad, la antijuridicidad y, especialmente, la culpabilidad, el tema de la punibilidad no cuenta con una vasta literatura en el sistema latino-germánico. Y no es solo por su carácter excepcional, pues, al imponer la pena, el juez, aunque no recurra a excusas absolutorias, siempre estará obligado a cuestionar su eventual existencia. Es posible que el escaso interés se deba precisamente a la falsa percepción de que la punibilidad no tiene una implicación sistemática en la teoría del delito, considerándola un apéndice que no requiere explicación y cuya justificación o razonamiento no interfiere en aquella estructura nuclear. Consideramos que esta visión periférica de la punibilidad es errónea, pero ello se abordará más adelante.

Si bien es cierto que no existe una amplia literatura ni una preocupación significativa por parte de los juristas sobre este tema, quienes se han dedicado a un examen teórico de la punibilidad se han enfrentado a múltiples discordias, desde su naturaleza hasta su concepto y, tal vez como consecuencia de este, a la identificación de figuras penales como pertenecientes o no a tal clasificación. Las primeras controversias se remontan a su propia pertenencia a la teoría del delito. Si en la actualidad existe, si se permite la expresión, un laberinto dogmático para llegar a la punibilidad y sus funciones, las disyuntivas acerca de su papel, que aún persisten, eran mucho más claras en el pasado. Por ello, recurrir a la enunciación de clásicos como Petrocelli y Battaglini es un camino seguro.⁷⁸⁹

De todos modos, si se admite que el camino racional de las disminuciones de pena al delator es la punibilidad, esa figura deberá resurgir como objeto de estudio dogmático, para que se defina, mínimamente, su lugar entre la teoría del delito y la de la pena, además de determinar su amplitud. Sin eso, el riesgo de que se convierta en un espacio de

⁷⁸⁹ Cf. COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.*, p.12 e ss.

arbitrariedades, o, para decirlo de modo menos directo, un **instrumento para la Oportunidad** desvinculada de los valores del ordenamiento jurídico, es muy grande.

4.3 Delito, hecho y punibilidad: la doctrina italiana

Si seguimos la teoría del delito, podemos identificar dos momentos fundamentales en su evolución histórico-dogmática. En el primero, denominado analítico en sentido estricto, los distintos elementos del delito se conciben como piezas autónomas, separadas entre sí, sin puntos de conexión y con contornos bien definidos⁷⁹⁰. Un segundo momento está marcado por la síntesis, en la que el delito se entiende como un todo⁷⁹¹. La escisión absoluta entre análisis y síntesis en la teoría del delito ha sido superada y se mantiene únicamente como un recurso didáctico, es decir, como un método de exposición de la realidad, no como una categoría ontológica. No obstante, para alcanzar la figura de la punibilidad dentro de la teoría del delito, resulta inevitable transitar por esta distinción⁷⁹².

Petrocelli afirmaba que el análisis constituye una exigencia natural del conocimiento, por lo que el delito no puede ser comprendido plenamente de manera inmediata⁷⁹³. Todo conocimiento científico es gradual y se desarrolla mediante la exposición sucesiva de los múltiples aspectos de cada objeto ante el intelecto. Las etapas que se recorren progresivamente para alcanzar un conocimiento integral constituyen el giro del intelecto sobre los elementos del propio objeto⁷⁹⁴. Así pues, el autor no rechaza por completo la consideración unitaria del delito, siempre que se le otorgue su sentido preciso. La consideración *analítica* tiene la finalidad de alcanzar una visión unitaria del delito, es decir, una síntesis lograda *a través* del análisis⁷⁹⁵. Por tanto, debe descartarse la idea de que, en el estudio del delito, la consideración unitaria deba entenderse como un método distinto y opuesto al analítico, pues, en realidad, la visión unitaria debe ser el

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p.12.

⁷⁹¹ Cf. MEZGER, E. *Die Straftat als Ganzes*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. v. LVII. 1938, p. 675 e ss.

⁷⁹² La distinción entre análisis y síntesis se utilizará, también solo con fines expositivos, en las disposiciones finales de esta monografía, especialmente en 8.10.

⁷⁹³ También empieza con análisis de la doctrina italiana la monografía de Mapelli Caffarena, MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990. Breve consideración sobre esa obra aparecerá también en nota en 8.5

⁷⁹⁴ PETROCELLI, B. Reexame dos elementos do crime. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, v. 2, n. 8, 1965, p. 23.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p.25.

efecto y la conclusión del procedimiento analítico. En otras palabras, el método de la teoría jurídica del delito debe ser *analítico*, pero orientado a la *síntesis*⁷⁹⁶. Si se acepta el procedimiento analítico, surge una nueva cuestión: ¿cuáles y cuántos deben ser los elementos estructurales del delito? En relación con el tema de este capítulo, el problema se plantea en los siguientes términos: (I) si la punibilidad es un elemento autónomo del delito; (II) y cuál es el contenido de la punibilidad.

Un tema distinto de la teoría general del derecho es el concepto de hecho jurídico o, más específicamente, la cuestión de si es posible separar precepto y sanción. En términos de punibilidad, el problema se plantea como la necesidad de optar entre dos posturas: (I) admitir que es posible separar precepto y sanción y, en consecuencia, aceptar que la punibilidad es un elemento perfectamente diferenciable del delito, con autonomía y valor sistemático; o (II) sostener que *precepto* y *sanción* son inseparables y, por tanto, negar la existencia de la punibilidad como una categoría con función propia, diferenciada del delito⁷⁹⁷.

Battaglini y Petrocelli, como se ha mencionado, son autores esenciales para comprender esta cuestión. El primero, a partir de su concepto de hecho jurídico, desarrolló una concepción tripartita del delito, en la que la punibilidad constituía uno de sus elementos. El segundo, a su vez, también basándose en el concepto de hecho jurídico, fue categórico al establecer dos acepciones del término punibilidad, lo que representa una disyuntiva esencial en su concepción del tema.

Giulio Battaglini sostenía que la sistematización dogmática de la parte general del derecho penal dependía de la respuesta a cuáles y cuántos son los elementos del delito. Al intentar responder a esta cuestión, el autor aclara que el jurista no investiga racionalmente cuáles *deberían* ser los elementos del delito, ya que su determinación depende del derecho positivo⁷⁹⁸. Según Battaglini, el primero y más importante elemento del delito es un hecho expresamente previsto por la ley⁷⁹⁹. El concepto de hecho, a su vez,

⁷⁹⁶ COBO DEL ROSAL, M. La punibilidad..., *cit*, p.16-18.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 18-19.

⁷⁹⁸ "Ai fini della ricerca, di cui stiamo parlando, è indispensabile intendersi sulla questione del metodo. Il giurista non investiga quali debbano essere razionalmente gli elementi del reato, ma quali essi risultino in realtà da un dato corpo di leggi penali. Mi pare che in Italia e all'estero, negli ultimi tempi, la teoria del reato si sia persa in troppe elucubrazioni di carattere astratto, se pur logicamente sottili e talvolta anche convincenti. È tempo ormai di riportarla sulla terraferma del testo; solo così potrà farsi un decisivo passo innanzi sulla via della chiarificazione e della precisazione." BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato nel nuovo codice penale. *Annali di Diritto e Procedura Penale*, v. 3, 1934, p. 1090.

⁷⁹⁹ *Idem*, p. 1091.

solo puede estudiarse desde dos perspectivas: (I) el hecho en sí, puro, considerado materialmente; (II) la valoración jurídica del hecho natural, es decir, su relación con la ley. Desde esta segunda perspectiva surge la elaboración del elemento de la *Rechtswidrigkeit*, la antijuridicidad o ilicitud objetiva. La identificación de este elemento concreto permitiría, según la doctrina alemana, una ubicación sistemática más precisa de las llamadas "causas de justificación del hecho"⁸⁰⁰. Así, cuando alguien comete un hecho material previsto por la ley como delito, en un contexto, por ejemplo, de legítima defensa, no puede negarse que el hecho material subsiste, aunque el agente deba ser absuelto porque no actuó en contra de la ley⁸⁰¹.

Aunque es perfectamente aceptable, desde una perspectiva de lógica abstracta, diferenciar entre el hecho puro y su valoración jurídica, se debe preguntar si un hecho, el elemento material de un delito, puede considerarse realmente un hecho puro, con independencia de su valoración jurídica. Al fin y al cabo, el hecho material del delito es el hecho natural contemplado por la ley⁸⁰². La utilidad de la distinción entre hecho (puro) y antijuridicidad objetiva consiste, reafirma Battaglini, en una mejor ubicación sistemática de las causas de justificación. En efecto, la antijuridicidad tiene la función práctica de "detener" el delito cuando sea conveniente. Sin embargo, no habría una necesidad lógica de derivar la configuración de la exclusión de la antijuridicidad de circunstancias discriminatorias (*circostanze scriminanti*)⁸⁰³. Las causas de justificación, en el sistema de Battaglini, aparecen, como se verá, en el ámbito de la *punibilità*, lo que les otorga un lugar mucho más relevante dentro del derecho penal.

⁸⁰⁰ Sobre antijuridicidad y causas de justificación, se ha ya disertado ampliamente en nuestro *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. Con apoyo de autores como Ángel Sanz Morán, se ha defendido, en cinco puntos principales, los elementos subjetivos de las causas de justificación. (p.224 y ss).

⁸⁰¹ "Si osserva che quando, nella specie concreta, si è accertato che sussiste la corrispondenza al tipo legale, ancora non si sa se il fatto abbia o no rilevanza per il diritto. Cosicché si dovrebbero nettamente distinguere due questioni: l'una relativa al puro fatto, alla sua materialità; l'altra attinente alla valutazione giuridica del fatto naturale, cioè al suo modo di essere in rapporto al diritto. Da ciò ne deriva l'elaborazione di un elemento a sé, nella teoria del reato, che sarebbe l'elemento della *Rechtswidrigkeit*, cioè della illiceità oggettiva". BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato..., *cit.*, p.1092-1093.

⁸⁰² "Il differenziare il puro fatto dalla considerazione giuridica di esso, da un punto di vista di logica astratta, non fa una grinza. Il punto è di vedere se il fatto, che costituisce l'elemento materiale del reato, sia o no un puro fatto, a prescindere dalla considerazione giuridica. È qui che ci sembra di dover dissentire. Il fatto materiale del reato non è un fatto naturale e niente altro; è *il fatto naturale che la legge contempla*" BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato..., *cit.*, p.1094.

⁸⁰³ "Ma chi dice che queste circostanze scriminanti debbano esser proprio configurate come ragioni di esclusione della illiceità? [...] Vedremo poi quale, a nostro avviso, debba essere la collocazione propria delle 'cause di giustificazione', alla stregua del nostro odierno diritto positivo" BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato ..., *cit.*, p.1094.

El segundo elemento del delito es de naturaleza psíquica y moral⁸⁰⁴: se trata de la *culpabilidad* en sentido amplio, que engloba el dolo y la culpabilidad en sentido estricto⁸⁰⁵. En este punto, Battaglini menciona la doctrina de las dos fuerzas de Carrara, considerándola insuficiente frente al entonces nuevo derecho positivo. Según Carrara, el delito consiste en la contradicción entre una acción humana y una ley; para verificar esta contradicción se requieren dos fuerzas, que constituyen la esencia indispensable para que una acción humana pueda ser reprobada como delito: una fuerza moral y una fuerza física. La fuerza moral del delito, en su perspectiva subjetiva, radica en la voluntad inteligente del ser humano que actúa; en su aspecto objetivo, la fuerza moral del delito se encuentra en el daño moral causado por el delito, es decir, la intimidación o el mal ejemplo que este proyecta sobre la ciudadanía. La fuerza física del delito, en su aspecto subjetivo, se traduce en la propia conducta, en el movimiento corporal, como es típico del causalismo inicial. Su resultado, es decir, la fuerza física del delito objetivamente considerada, es la ofensa al derecho atacado, el daño material derivado del delito⁸⁰⁶.

La insuficiencia del modelo de las ‘dos fuerzas’, que define el delito como un fenómeno compuesto únicamente por dos elementos, es demostrada por Battaglini a través de su estudio de las *causas de extinción del delito*. Según el autor, es evidente que el delito no puede extinguirse a menos que desaparezca algún elemento previamente existente. Las causas extintivas —como la muerte del acusado, la amnistía, entre otras— sobrevienen al delito. Por lo tanto, la cuestión radica en determinar *qué elemento del delito ha desaparecido*. No puede ser el hecho objetivamente delictivo, que, una vez consumado, no puede dejar de haber existido. Tampoco puede ser la culpabilidad, ya que la voluntad pasada no puede anularse. Así, lo que existió y deja de existir es la posibilidad de imponer la pena, es decir, la punibilidad. **Las causas de extinción del delito, en consecuencia, son causas de extinción de la punibilidad.** Así, en el sistema del Código Rocco, según el autor italiano, la punibilidad adquiere el carácter de elemento autónomo del delito, integrándose junto al hecho típico y la culpabilidad en sentido amplio⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Antes, claro, del giro finalista. En contra de él, sin embargo, véase la conocida crítica de MOLINA FERNÁNDEZ, F. *La Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*. 1. ed. [Bogotá]: Universidad del Externado, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqh0w>.

⁸⁰⁵ BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato..., *cit.*, p.1095

⁸⁰⁶ CARRARA, F. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Parte Generale. v. I. 5. ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1877, p. 71-72.

⁸⁰⁷ “Con ciò à anche detto che, per il nuovo sistema, la punibilità viene ad assumere il carattere di elemento a sè del reato, da aggiungersi al fatto tipico e alla colpa”. BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato..., *cit.*, p. 1099.

A partir de esta estructura del delito, las causas de justificación deben entenderse en su relación con la punibilidad. Estas causas constituyen "circunstancias que impiden la punibilidad" que, a diferencia de las circunstancias extintivas, excluyen *a priori* la punibilidad. En la práctica, la presencia de una causa de justificación implica la absolución, sin necesidad de examinar la culpabilidad, ya que la imposibilidad de castigar un hecho es determinante y excluye cualquier indagación posterior⁸⁰⁸. Finalmente, Battaglini aclara que, dado el reconocimiento de la autonomía de la punibilidad en la estructura del delito, la ausencia de una condición objetiva de punibilidad implica la inexistencia del delito. Como ejemplo, el autor menciona el delito de *incesto*. El Código Rocco establecía que, además de la conjunción carnal, el delito de incesto requería la ocurrencia de un escándalo público. El escándalo funcionaba como una condición objetiva para que el delito resultara punible. De este modo, la conjunción carnal entre miembros de una misma familia, aunque pueda considerarse incesto desde una perspectiva moral y religiosa, no constituye *delito* de incesto: sin la condición objetiva de punibilidad, no hay crimen. Esa idea de *condición objetiva de punibilidad* es conclusiva en el estudio de Battaglini⁸⁰⁹.

Petrocelli, por su parte, considera que la cuestión de la relación entre precepto y sanción está vinculada con la conexión entre delito y punibilidad. La infracción, concebida como tal, requiere, además del precepto (mandato o prohibición), la previsión de una sanción ante la inobservancia de la orden. Aunque, al estudiar la norma, precepto y sanción se analizan por separado, **estos dos elementos son inseparables**, de modo que el delito solo puede existir si está prevista una sanción⁸¹⁰. La relación indisoluble entre precepto y sanción se confirma, una vez más, a partir de otro concepto fundamental de la doctrina jurídica: el hecho (*fatto*) jurídico. En efecto, el hecho jurídico constituye un antecedente lógico del vínculo entre precepto y sanción, ya que solo adquiere esta condición cuando su existencia conlleva una consecuencia jurídica. Un hecho material que no esté previsto en el ordenamiento con una consecuencia jurídica no es un hecho

⁸⁰⁸ *Idem*, p. 1100.

⁸⁰⁹ "Il modo di concepire la condizione oggettiva di punibilità dipende tutto da come si risolve l'arduo problema degli elementi del reato. Posta la punibilità come requisito del crimen, non mi pare possa dubitarsi che, sino a quando non si è verificata la condizione, manchi il reato; giacché manca un elemento che è presupposto per la sussistenza di un requisito essenziale del reato." BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato..., *cit.*, p. 1102.

⁸¹⁰ PETROCELLI, B. Reato e punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 3, n. 3, 1960, p. 669.

jurídico⁸¹¹. Del mismo modo, un delito es un hecho jurídico en la medida en que la ley establece la consecuencia jurídica de la pena. Por tanto, al igual que no puede haber hecho jurídico sin consecuencia jurídica, no puede existir un hecho jurídico ilícito sin pena. En consecuencia, **no hay delito sin punibilidad**⁸¹². Para que exista un hecho jurídico, es imprescindible que al hecho le corresponda una consecuencia jurídica. Del mismo modo, para que exista delito, es necesario que, en la previsión de la norma, al hecho le corresponda la consecuencia jurídica de la pena. Por lo tanto, así como no hay hecho jurídico (género) hasta que no concurran todos los elementos necesarios para la producción de la consecuencia jurídica, tampoco existe el hecho jurídico delictivo (especie) si no están presentes los requisitos indispensables para la producción de la consecuencia jurídica de la pena⁸¹³.

El autor sostiene que es imprescindible precisar el nivel de análisis que se emplea para estudiar el delito, dado que existen diferencias esenciales entre los planos abstracto y concreto. Como ejemplo, el autor explica que hay una distinción fundamental entre **tipicidad** y **conformidad con el tipo**, ya que la primera se refiere a la construcción normativa del tipo, mientras que la segunda alude a la correspondencia entre un hecho y su previsión normativa. Es decir, en la práctica forense, al comparar un hecho concreto con los elementos de la figura abstracta, es posible comprobar la presencia o ausencia de uno o varios de los elementos constitutivos del delito. En un nivel abstracto, sin embargo, no puede concebirse un delito si falta alguno de sus elementos. No tendría sentido, por tanto, en un nivel *no concreto*, cuestionar la posibilidad de un delito típico pero no antijurídico⁸¹⁴.

El delito, así, abstractamente considerado, consiste en el conjunto de factores necesarios para producir la consecuencia jurídica de la pena⁸¹⁵. De hecho, es precisamente la cualidad de la pena la que determina la cualidad del delito, de modo que la previsión de una pena es lo que convierte al delito en infracción penal y la atribución de una determinada consecuencia jurídica depende exclusivamente del poder discrecional del legislador. Diversas circunstancias y valoraciones pueden inspirar el impulso legislativo

⁸¹¹ *Idem*, p. 671

⁸¹² *Idem*, p. 671-672.

⁸¹³ *Idem*, p. 672.

⁸¹⁴ PETROCELLI, B. Reexame dos elementos do crime. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, v. 2, n. 8, 1965, p.26-29.

⁸¹⁵ PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 672-673.

en la "**fase pre-jurídica**" de formación de la norma⁸¹⁶; sin embargo, no existe valoración o criterio alguno que pueda constituir un límite infranqueable a la potestad penal del legislador⁸¹⁷.

La inexorabilidad de la consecuencia jurídica en el concepto de delito (la pena) tiene una esencia lógica, por lo que **no** admite excepciones. En este punto se hace más evidente la distinción que, según el autor italiano, rige todo el tema de la punibilidad. Es necesario diferenciar dos categorías distintas e irreductibles de fenómenos: el momento *normativo* y el momento *aplicativo* de la punibilidad, es decir, el momento de la infracción como esquema abstracto trazado por la ley y el instante del hecho verificado en la realidad⁸¹⁸. De este modo, la consecuencia jurídica de la pena puede faltar, por diversas razones, en el segundo momento, pero no puede ausentarse del primero; puede no producirse como consecuencia efectiva, pero no deja de estar prevista⁸¹⁹. Así, el ordenamiento jurídico contempla hipótesis en las que, una vez tipificado el delito, no se impone la pena como pasa en las distintas formas de *indulto*⁸²⁰. La **no ejecución de la pena no altera en absoluto la naturaleza del delito**. En el momento normativo, en cambio, no es concebible un ilícito (género) o un delito (especie) si la norma excluye o no prevé una pena. Para el momento aplicativo, puede prevalecer la voluntad del legislador o una realidad fáctica; para el momento normativo, solo rige la correlación

⁸¹⁶ Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Traducción: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 21 e ss.

⁸¹⁷ PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 670-671. Véase también: KUNTER, N. Reato e illecito civile. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, año I, n. 2, 1952, p. 342-343. Véanse también: HUNGRIA, N. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945. RABITTI, M. Illiceità penale e illiceità civile. In: FLAMINI, A.; RUGGIERI, L. (Org.). *Contratto e reato*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014. GARRAUD, R. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Tomo I. 2. ed. Paris: Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898, p. 60-61. LAURENT, F. *Principes de Droit Civil*. Tomo XX. 3. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cia, Libraires-Éditeurs, 1878, p. 407. LANZA, P. *Trattato teorico pratico di diritto penale*. Parte I: Filosofia del diritto penale. Bologna: Libreria Treves, 1895, p. 560.

⁸¹⁸ PETROCELLI, Biagio. Reato e punibilità, *cit.*, p.673.

⁸¹⁹ *Idem*, p. 673.

⁸²⁰ El indulto es el ejemplo más controvertido de la punibilidad y será abordado con mayor detalle al tratar el perdón. Las críticas de los autores por su falta de sistematicidad y previsibilidad son recurrentes, y las discusiones en los Tribunales Constitucionales sobre los límites jurídicos de la potestad administrativa son también diversas. Existe consenso entre los autores en cuanto a su carácter *excepcional*, "... que es consecuencia de la peligrosa derogación especial de determinados principios que supone su ejercicio; excepcionalidad que deriva de la, asimismo, excepcional suspensión particular del *ius puniendi* del Estado, del principio de separación de poderes, entre otros" GRACIA SAN MARTÍN, J. *El indulto: tratamiento y control jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 44. Véase también la crítica de Molina Fernández, más adelante, en la nota del subtítulo 6.8. La *excepcionalidad*, característica de la punibilidad, está integrada en el título de nuestro capítulo conclusivo (capítulo 08).

lógica: la exclusión (o ausencia de previsión) de una sanción implica la inexistencia de un crimen⁸²¹.

Por lo tanto, se puede sostener que, por regla general, el delito es idóneo para dar lugar a la pena. Sin embargo, en ciertos casos, el delito no sería completamente idóneo, ya que carecería de determinadas condiciones (*condiciones objetivas de punibilidad*), las cuales le son ajenas, pues su existencia no depende de la verificación del hecho.⁸²² Si el delito, como hecho jurídico, es el conjunto de coeficientes necesarios para producir la consecuencia jurídica de la pena, cualquier coeficiente, incluida la condición de punibilidad, debe entenderse como perteneciente al hecho jurídico⁸²³. En cuanto a las causas exculpatorias, Petrocelli discrepa del concepto de una supuesta categoría de causa personal de exclusión de punibilidad que dejaría intacta la ilicitud penal del hecho. En otras palabras, Petrocelli discrepa de los intentos de diferenciar entre la punibilidad del hecho y la punibilidad del autor⁸²⁴. La razón de su desacuerdo es la constatación de que el ilícito es esencialmente una acción ilícita; por lo tanto, el sujeto es un elemento esencial e inseparable de la existencia del ilícito. No se puede concebir una calificación jurídica de la acción al margen del sujeto⁸²⁵. No hay punibilidad del hecho sin punibilidad del autor, y viceversa. Cuando la ley excluye la punibilidad debido a una característica del autor, la condición del sujeto se vincula necesariamente con el hecho, a la vez que lo hace una condición de naturaleza objetiva⁸²⁶.

Según Petrocelli, no hay motivo para considerar imposible reconocer en una única categoría las causas de justificación, en virtud de las cuales el hecho es lícito, justificado a los ojos de todo el ordenamiento jurídico, y las causas que, si bien excluyen la punibilidad del hecho, no eliminan otras sanciones jurídicas, como el derecho a la indemnización o a la restitución. De acuerdo con estos entendimientos, la excusa

⁸²¹ “L'ordinamento giuridico potrà avere molteplici (e buone) ragioni per disporre che in taluni casi, verificatosi il reato, non segua la pena; e basterà a tal proposito ricordare, per tutte, **le varie forme del perdono**. Ma tutto ciò non varrà minimamente a snaturare l'illecito nel suo concetto, così come l'esistenza dell'illecito verificatosi non potrà essere esclusa dal non attuarsi di fatto della conseguenza giuridica. Il contrario avviene nel momento normativo: un illecito in genere, e un reato in particolare, per il quale la norma escluda, o non preveda, la sanzione non è concepibile. Per il momento applicativo potrà funzionare la volontà del legislatore o una realtà di fatto; per il momento normativo è valida soltanto la correlazione logica: dove, per qualsiasi ragione, è esclusa, o non è preveduta, la sanzione, ivi non esiste l'illecito”t.. PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 673-674.

⁸²² *Idem*, p. 674.

⁸²³ PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 674.

⁸²⁴ *Idem*, p.676.

⁸²⁵ *Idem*, p.677.

⁸²⁶ *Idem*, p. 678.

absolutoria que se aplica al robo de bienes muebles entre familiares no convierte la conducta en lícita, porque si lo hiciera, el acto estaría protegido jurídicamente, y cualquier intento de impedir el robo no sería lícito⁸²⁷. Petrocelli considera que, planteada en estos términos, la cuestión queda desdibujada. A efectos de la existencia de un delito, no es necesario analizar la posición de la conducta en relación con todo el ordenamiento jurídico, sino sólo en relación con el Derecho penal. Si la acción es lícita en sentido absoluto (porque se comete en defensa propia, por ejemplo), o si está prevista una sanción distinta del castigo, es una cuestión secundaria. Es injustificada la reticencia a agrupar, en una categoría general, las causas de justificación y las causas de extinción de la punibilidad en sentido estricto, como, por ejemplo, de un lado la legítima defensa y, de otro, la relación de parentesco en los delitos patrimoniales: el hecho de que un niño deba restituir lo que ha tomado de sus padres no implica necesariamente una vinculación con el Derecho penal⁸²⁸. Pero hay un elemento común entre los dos casos: para uno u otro grupo de hipótesis, la ley excluye (no prevé) la pena, y luego excluye (no da lugar a) el delito. De este modo, se configura una **categoría general de causas de no punibilidad**, que abarca todas aquellas hipótesis en las que concurre este mismo fundamento⁸²⁹.

En opinión del autor italiano, el delito no debe entenderse como un **prius** y la punibilidad como un **posterius**; tampoco es correcto concebir la punibilidad como la mera aplicabilidad de la pena a un hecho ajustado al tipo. Dado que la punibilidad debe analizarse tanto en su dimensión normativa como en su dimensión aplicativa, el concepto de no punibilidad no puede referirse indistintamente a ambos momentos ni englobarlos en una única categoría⁸³⁰. El principio *nullum crimen sine poena* no admite excepciones: no se limita al momento de aplicación de la sanción, sino que opera en el plano normativo, donde cumple la función —lógica y, por tanto, independiente de la voluntad del legislador— de reafirmar la inseparabilidad entre el precepto penal y la sanción penal, lo que no es sino una manifestación concreta del principio general según el cual no puede concebirse un delito sin una sanción. En el plano aplicativo, sin embargo, el principio

⁸²⁷ “Non è possibile – **si è detto** – ricondurre ad unica categoria le cause di giustificazione, in virtù delle quali il fatto resta lecito, *giustificato*, di fronte all'intero ordinamento giuridico, e quelle cause che, pur escludendo la punibilità del fatto, non fanno di fronte ad esso sorgere un diritto di libertà, mentre al contrario lasciano intatto dall'altra parte il diritto al risarcimento e alla restituzione, nonché la possibilità della legittima difesa e, in genere, dell'impedibilità del fatto stesso”. PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 678-679.

⁸²⁸ PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p.679-680.

⁸²⁹ *Idem*, p. 680.

⁸³⁰ *Idem*, p. 682.

nullum crimen sine poena solo expresa una inclinación hacia la concreción efectiva de la pena del delito⁸³¹. En este ámbito, la idea de que la pena debe seguir necesariamente al delito responde a un **criterio de política criminal** y no, como en el plano normativo, a una exigencia de lógica jurídica. Así, en el momento aplicativo, la afirmación de una excepción al principio *nullum crimen sine poena* obedece a razones de conveniencia política. El concepto de punibilidad no se refiere simultáneamente a los planos normativo y aplicativo, ni está vinculado exclusivamente a este último. En su configuración abstracta, el delito se define como un hecho para el que la ley prevé una pena, es decir, como un hecho punible. Es precisamente a esta concepción abstracta del delito a la que se asocia, de manera natural e inmediata, la idea de punibilidad. Puesto que el delito es un hecho punible, *la punibilidad no puede surgir una vez que el delito ya se ha producido*⁸³². En síntesis: en el plano normativo, la punibilidad puede excluirse si el delito no ha llegado a configurarse; en el plano aplicativo, la pena puede no imponerse cuando, a juicio del legislador, la renuncia a su aplicación supone una ventaja social que justifica su exclusión⁸³³.

En ambos autores italianos están, así, fundamentadas las bases de una punibilidad independiente, que se diferencia especialmente de la antijuridicidad. Evidentemente, la

⁸³¹ “Un aspetto della confusione che talora si verifica tra i due momenti è dato, tra l'altro, da un certo modo di considerare il principio *nullum crimen sine poena*, per cui si sostiene che ad esso si possa talora fare eccezione nel momento dell'applicazione della sanzione. Questa eccezione non è possibile per la semplice ragione che il principio non riguarda il momento dell'applicazione della sanzione, ma soltanto il momento normativo, dove ha la funzione (funzione logica, non derogabile per volontà del legislatore) di affermare l'indissolubilità del precetto penale dalla sanzione penale; una specificazione, in sostanza, del principio generale per cui non è ammissibile (previsione di) illecito senza (previsione di) sanzione. Quando invece si afferma che al principio si fa talora eccezione nel momento dell'applicazione della sanzione, lo si trasferisce al momento e ai vari problemi (del tutto diversi) della applicabilità della pena al reato avvenuto. Si potrà dire che, trattandosi di categorie sistematiche, la riferibilità del principio potrebbe essere ampliata, in dipendenza di un diverso criterio di elaborazione. Ma ciò non sembra ammissibile, non essendovi possibilità di compenetrazione fra i due diversi significati che l'espressione assume nei due momenti. Sarà infatti un'illusione il credere che la frase *nullum crimen sine poena*, se riferita al secondo momento, conservi identico significato e rimanga espressione di identico principio” PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 683-684.

⁸³² “Dirà invece una cosa tutt'affatto diversa. In relazione al primo momento, infatti, *nullum crimen sine poena* significa appunto indissolubilità logica fra (previsione dell')illecito e (previsione della) sanzione; nel secondo altro non può esprimere che la tendenza a propugnare una indissolubilità concreta, di fatto, della pena dal reato; a sostenere che al reato, in quanto avvenuto, deve, ad ogni costo, seguire la pena: un principio dunque di politica criminale, non già, come per il momento normativo, di logica giuridica: una riaffermazione rigorosa, in altri termini, di ciò che il nostro Carrara denominava irredimibilità della pena [Opuscoli, I, 1910, 209-210]. Ed è solo a questo momento (e a questo del tutto diverso significato del principio) che può riferirsi l'affermazione di una eccezione che il principio subirebbe ‘per motivi di opportunità politica’ [Vassalli], affermazione che non avrebbe senso se riferita al primo momento e al principio nel suo significato vero. Del pari, nemmeno è esatto dire che talora la punibilità viene meno ex post, perché ciò che viene meno ex post è cosa del tutto diversa da ciò che difetta ex ante.” PETROCELLI, B. Reato e punibilità, *cit.*, p. 684-685.

⁸³³ *Idem*, p. 688.

evolución de la doctrina ha traído nuevos planteamientos y, con ello, nuevas soluciones, haciendo que la categoría de la punibilidad se haya vuelto más compleja hasta la actualidad.

4.4 La categoría de la punibilidad

La concepción clásica sobre la punibilidad, su posible autonomía y sus distintos momentos permite esclarecer en gran medida el origen de los conflictos epistemológicos que aún persisten en torno a esta categoría. En algunos casos, sin embargo, la discusión parece perder su vínculo práctico inmediato, especialmente porque las situaciones contempladas en los códigos penales presentan naturalezas muy diversas, lo que ha llevado a que los autores presten escasa atención a sus efectos en cada caso concreto. La integración de todos estos supuestos dentro de una única categoría de punibilidad no es, ciertamente, una tarea sencilla. Un análisis de los autores contemporáneos permite identificar qué aspectos de la punibilidad y su lugar dogmático siguen siendo controvertidos, lo que servirá posteriormente para abordar sus efectos en la delación premiada.

Sigue existiendo un profundo desacuerdo doctrinal respecto a la naturaleza, fundamento, contenido y posición sistemática de la punibilidad⁸³⁴. Muñoz Conde y García Arán sostienen que, una vez constatadas la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, puede afirmarse que el delito contiene todos sus elementos; sin embargo, hay hechos que solo serán castigados como delitos si concurren ciertos elementos adicionales que no encajan en dicho triduo, "porque no responden a la función dogmática y político-criminal asignada a estas categorías"⁸³⁵. Estos "elementos adicionales y excepcionales", prosiguen los autores, son sumamente heterogéneos. La "punibilidad", o más comúnmente, "punibilidad", se define como *"una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines del Derecho penal, puede exigir para justificar o excluir*

⁸³⁴ BITTAR, W. B. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 71-72. MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 47 e ss.

⁸³⁵ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 399.

la imposición de una pena"⁸³⁶; ellos tienen en común, además de no formar parte de las categorías estructurales del delito, su carácter volátil, ya que solo algunos delitos los requieren.

Para Asúa Batarrita, la punibilidad aparece como la última fase del análisis de sistémico, con un alcance distinto, al reunir elementos residuales que no pueden ser adscritos materialmente al ámbito de la antijuridicidad o la culpabilidad. A diferencia de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que conforman el delito, la punibilidad actúa como un "filtro correctivo", impidiendo la imposición de sanciones penales en determinados supuestos⁸³⁷. Mendes de Carvalho, por su parte, considera que la punibilidad no forma parte del concepto de delito⁸³⁸. Según la autora, delito y punibilidad no operan como círculos concéntricos ni secantes, sino como *círculos independientes*. En otras palabras, la punibilidad actúa como un presupuesto de la pena, desvinculado de las categorías que estructuran el delito.

Carlos Creus, en cambio, parte de la premisa de que lo que caracteriza un acto ilícito como delito es la previsión de una pena, la cual puede existir como *potencialidad* jurídica —es decir, como posibilidad normativa— o como *concreción* jurídica, cuando se trata de su imposición efectiva en un caso determinado. El delito, según el autor, es el hecho ilícito que reúne los elementos necesarios para que la pena pueda ser considerada una posibilidad jurídica. No obstante, el análisis de los presupuestos jurídico-penales que condicionan la efectiva imposición de la sanción penal debe integrarse en la teoría del delito. Por ello, concluye Creus, el debate sobre si la punibilidad pertenece estructuralmente al delito o si constituye simplemente su consecuencia carece de sentido desde el punto de vista dogmático⁸³⁹.

Con todo, el "debate dogmáticamente inútil" al que se refiere Creus plantea una cuestión relevante en este contexto. En efecto, desde una perspectiva estructural, la discusión sobre la relación entre delito y punibilidad debe evitar formulaciones redundantes. Como bien señala Mendes de Carvalho, desde un punto de vista lógico, solo se consideran punibles aquellas conductas que son típicas, ilícitas y culpables. En

⁸³⁶ *Idem*, p. 400.

⁸³⁷ ASÚA BATARRITA, A. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: CEREZO MIR, J. et al. *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 223.

⁸³⁸ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.

⁸³⁹ CREUS, C. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 276.

consecuencia, dichas categorías funcionan como presupuestos de la punibilidad. Ahora bien, si el delito es, por definición, una conducta punible, ¿cómo podría la punibilidad integrar la estructura del delito? De aceptarse esta premisa, el juicio final (punibilidad) se convertiría en un elemento adicional del concepto de delito, lo que implicaría una reiteración innecesaria⁸⁴⁰, y la tautología resultaría evidente: "una conducta es punible cuando es punible". En tal caso, el delito no se definiría por sus elementos estructurales, sino por sus consecuencias. Así, si la punibilidad se concibe como el conjunto de condiciones necesarias para la imposición de una sanción penal, su inclusión dentro del concepto de delito carecería de lógica. No obstante, esta tautología puede evitarse si se entiende la punibilidad como una categoría autónoma con contenido propio⁸⁴¹. Sin embargo, queda aún por definir cuál es ese contenido.

Bustos Rubio sostiene que la respuesta a la cuestión de si la punibilidad constituye o no una categoría autónoma del delito depende de una distinción fundamental: la diferencia entre la punibilidad concebida conceptualmente y la punibilidad entendida desde una perspectiva estructural⁸⁴². Desde un punto de vista conceptual, el adjetivo "punible" implica la posibilidad de que se imponga una sanción penal a un delito⁸⁴³. En este sentido, conceptualmente entendida, la punibilidad constituye la esencia del delito. Sin embargo, aunque sea una "nota conceptual", según Bustos, la punibilidad no puede considerarse un elemento estructural del delito. Su postura se fundamenta en el ya mencionado argumento de la tautología: *las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad conforman el hecho punible, por lo que incluir la punibilidad en la estructura del delito implicaría afirmar que, para que un delito sea punible, debe ser punible*⁸⁴⁴. Por estas razones, Bustos concibe la punibilidad como una fase independiente del delito, sin conexión con los elementos que lo definen. En sus palabras: "el delito existe cuando se establece que un determinado hecho es típico, antijurídico y culpable. Y, en consecuencia, se convierte en un delito que puede ser castigado (es decir, punible)"⁸⁴⁵. Así pues, la punibilidad puede incidir en la pena, pero no en el delito, dado que este ya se

⁸⁴⁰ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58-59.

⁸⁴¹ *Idem*, p. 60.

⁸⁴² BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios penales y criminológicos*, n. 35, 2015, p. 196. Como se verá, el pensamiento del autor está muy próximo a la concepción de Petrocelli, probablemente por influencia de Cobo del Rosal, ya que el autor italiano no es citado por Bustos.

⁸⁴³ *Idem*, p. 196. Como se verá, el pensamiento del autor está muy próximo a la concepción de Petrocelli, probablemente por influencia de Cobo del Rosal, ya que el autor italiano no es citado por Bustos.

⁸⁴⁴ *Idem*, p. 197-198.

⁸⁴⁵ *Idem*, p. 198.

encuentra plenamente configurado. Por tanto, la punibilidad no constituye una categoría estructural del delito, sino que se sitúa más próxima a la teoría de la pena⁸⁴⁶.

En un estudio más reciente, al analizar los mecanismos de levantamiento de la pena, en particular el *perdón* —tema estrechamente vinculado a los objetivos de esta monografía—, Silva Sánchez considera expresamente la punibilidad como una categoría del delito, y no meramente de la pena⁸⁴⁷. La punibilidad, concebida como parte de la teoría de la pena, es algo que llega a proponer en el mismo estudio bajo la figura de una "causa de exclusión de la ejecución de la sentencia", la cual se presentaría como un subgrupo dentro de lo que denomina "equivalentes funcionales de la pena". Las causas de exclusión de la ejecución constituirían un conjunto de condiciones que "resaltan la innecesidad de la dimensión específicamente aflitiva de la pena", formando así uno de los grupos de estos "equivalentes funcionales"⁸⁴⁸.

Así, en cuanto al lugar de la punibilidad, su ubicación entre el delito y la pena sigue siendo controvertida, lo que tendrá efecto en presupuestos más prácticos del instituto.

4.5 Motivos de (no) punibilidad

En determinados tipos delictivos se establecen ciertos elementos cuya presencia o ausencia determina la imposición o exclusión de la pena. Se trata de factores que, según la opinión mayoritaria, no pueden integrarse en las categorías de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Estos elementos conformarían la punibilidad como una categoría autónoma, ajena al delito. El problema radica en que los componentes de la punibilidad

⁸⁴⁶ *Idem*, p. 199.

⁸⁴⁷ Os 'equivalentes funcionais da pena' pertencem à punibilidade e, esta, à teoria do delito. Nas palavras de Silva: "Nessa medida, elimina ou atenua a necessidade de pena. Isso necessariamente leva a integrar na teoria do delito uma categoria posterior – a punibilidade – na qual se levem em consideração exatamente os fatores que, deixando subsistente o injusto culpável, podem afetar à necessidade de pena no sentido de excluí-la ou atenuá-la por razões que concorrem de modo simultâneo ao fato ou que surgem posteriormente". SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Malum Passionis: mitigar a Dor do Direito Penal*. Traducción: Regina Fortes. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 116.

⁸⁴⁸ "São causas de exclusão da execução da pena aquelas situações que ressaltam a desnecessidade da dimensão especificamente aflitiva da pena. Esta desnecessidade determina, particularmente, com relação à pena privativa de liberdade, que essa não deva ser executada, deva sê-lo de modo parcial ou, por fim, o seja de modo não aflitivo". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Malum Passionis*, cit., p. 169-170.

cumplen funciones y tienen significados diversos⁸⁴⁹. En este sentido, Bittar señala que, precisamente debido a las diferencias entre estos elementos y la heterogeneidad de su naturaleza, resulta sumamente difícil identificar un fundamento común para el concepto de punibilidad⁸⁵⁰.

Con todo, el análisis de los textos más especializados de la doctrina contemporánea permite identificar tres enfoques o ejes en los que se fundamentan los razonamientos dirigidos a definir la punibilidad: (I) la diferenciación entre normas *primarias* y *secundarias*; (II) los conceptos de *merecimiento* y *necesidad* de la pena; (III) la intervención de la *política criminal*. Si bien esta triple clasificación no resuelve por completo el problema conceptual, al menos facilita la comparación entre distintos enfoques. No se trata de corrientes divergentes, sino de elecciones de puntos de vista distintos, cada uno concediendo a la categoría relevancia en un punto dogmático específico.

La primera corriente sigue la metodología propuesta por Binding, que se estructura en torno a la dicotomía entre derecho y norma. Según Binding, el *derecho* (penal) se inscribe en el ámbito del derecho subjetivo, pues la finalidad de toda proposición jurídica es generar derechos subjetivos; la *norma*, por su parte, emerge de la lógica interna del derecho y se configura como el imperativo, el mandato de conducta que establece el deber de actuar o de abstenerse de un determinado comportamiento. En consecuencia, la norma se sitúa en un plano supralegal, ya que prescribe una conducta positiva o negativa que define el comportamiento esperado por el ordenamiento jurídico. En el pensamiento de Binding, el nivel más relevante —por ser el fundamento de la epistemología penal— es el de la norma, y no el de la ley⁸⁵¹. La violación de la norma puede no acarrear sanción alguna; si la implica, dicha sanción no tiene por qué ser necesariamente penal. En efecto, el derecho penal selecciona, de entre las conductas antinormativas (es decir, contrarias al imperativo de la norma), aquellas que deben ser objeto de una amenaza penal, atribuyéndoles tipicidad. La tipicidad, por tanto, es lo que confiere al delito su carácter estrictamente penal. El *tipo de delito* corresponde al conjunto de circunstancias en las que se basa la configuración específica de una infracción penal⁸⁵².

⁸⁴⁹ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable ..., *cit.*, p. 199-200.

⁸⁵⁰ BITTAR, W. B. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 100-101.

⁸⁵¹ BRANDÃO, C. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 198-200.

⁸⁵² CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181-182.

Como explica Mendes de Carvalho, la distinción entre norma primaria (*Verhaltensnorm*, norma de comportamiento) y norma secundaria (*Sanktionsnorm*, norma de sanción) pretende proporcionar un **fundamento unificador** a los elementos de la punibilidad, porque la norma secundaria comprende todos los factores que integran la punibilidad. El contenido de la norma primaria es más amplio que el de la norma secundaria, ya que el ámbito de lo punible es más reducido que el de la infracción establecida en la norma. De este modo, además de la infracción culpable de la norma, los elementos constitutivos de la punibilidad también configuran un presupuesto de la norma sancionadora⁸⁵³.

Los conceptos de *merecimiento* y *necesidad* de pena son bastante fluidos⁸⁵⁴. A grandes rasgos, constituyen dos criterios fundamentales en el proceso de criminalización: mientras que el merecimiento de pena está estrechamente vinculado al discurso sobre la protección de los bienes jurídicos y la naturaleza de la agresión, la necesidad de pena remite al principio de *ultima ratio*⁸⁵⁵. Como señala Hillenkamp, *Strafbarkeit* y *Bestrafung* dependen de *Strafwürdigkeit* y *Strafbedürftigkeit*. Además, explica el autor, desde una perspectiva victimista-dogmática, el merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeit*) y la necesidad de protección (*Schutzbedürftigkeit*) constituyen los correlatos, desde la perspectiva de la víctima, de los criterios de merecimiento y necesidad de pena⁸⁵⁶. Bustos Rubio, aun reconociendo la imprecisión de estos conceptos, sostiene que afirmar la

⁸⁵³ *Idem*, p. 182-183.

⁸⁵⁴ Sobre la ubicación del "merecimiento de pena" dentro de la categoría del delito, Luzón Peña sistematiza con claridad las posiciones de los autores más relevantes. En primer lugar, existe una concepción mayoritaria según la cual "el merecimiento de pena y/o la necesidad de pena operan como principios matemáticos generales del delito" (p. 23); sin embargo, "a partir de ahí existen enfoques diversos acerca de cuáles son los elementos en cuestión". Para algunos, como Schmidhäuser, todos los elementos del delito (incluida la punibilidad) deben ser evaluados a partir del merecimiento de pena. Para otros, como Roxin, los fines de la pena se extienden hasta la culpabilidad, mientras que "las especiales condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad no tienen relación alguna con consideraciones político-criminales sobre la pena, sino con intereses de política jurídica general" (p. 24). Otra posición es la de Jakobs, para quien los principios de merecimiento y necesidad de pena se integran y se reflejan en cada elemento del delito. No obstante, para Jakobs, estos elementos no incluyen la punibilidad. Por su parte, Gallas sostiene que el tipo penal debe contener todo el problema del merecimiento de pena, mientras que otros autores, como Langer y Schünemann, intentan construir una categoría separada del merecimiento y la necesidad de pena, que a su vez se divide en diversos requisitos o categorías (p. 25). Como se observa, las opiniones son bastante divergentes debido a diferencias dogmáticas sobre las categorías del delito. LUZÓN PEÑA, D. M., La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, págs. 21-34

⁸⁵⁵ DEL TUFO, V. *Profili critici della vittima-dogmatica*. Comportamento della vittima e delitto di truffa. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 60.

⁸⁵⁶ HILLENKAMP, T. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? Eine Zwischenbilanz zur "viktimologischen Maxime" als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessung Prinzip. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. v. 129, 2017, p. 598-599. A propósito, véase: SILVA SANCHEZ, J.-M. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, 2001.

necesidad de pena implica un juicio previo sobre el *merecimiento* de pena, aunque lo contrario no sea necesariamente cierto. En otras palabras, el merecimiento es la *conditio sine qua non* de la necesidad de pena, pero la recíproca no se cumple necesariamente. Si un determinado hecho revela la necesidad de una pena, su imposición puede depender de la concurrencia o no de ciertos requisitos vinculados a tal hecho, como la existencia de condiciones objetivas de punibilidad o la ausencia de excusas absolutorias⁸⁵⁷.

Según Bittar, dada su fluidez, "los conceptos de merecimiento y necesidad de pena están mucho más próximos a un concepto de justicia que a un fundamento identificable para justificar una categoría como la punibilidad"⁸⁵⁸, ya que presuponen una idea de intervención jurídico-penal dentro del ideal de protección legítima del Derecho penal. En efecto, no existe un consenso doctrinal sobre la materia. Como explica Mendes de Carvalho, hay quienes sostienen que "debería crearse una nueva categoría dentro del concepto de delito, constituida por los criterios de mérito y necesidad de pena", mientras que otras posturas defienden que "los elementos en cuestión no deberían analizarse fuera de las categorías del sistema de delitos, en una nueva categoría —de naturaleza político-criminal— que se sumaría a las ya existentes, sino que deberían encontrar su posición sistemática en el marco de las categorías actuales". Por último, también se plantea que "estos criterios acaban atravesando uniformemente las categorías sistemáticas existentes desde el momento en que se adopta la decisión inculpativa"⁸⁵⁹.

Para una corriente doctrinal, los criterios de política criminal (conveniencia, oportunidad, intervención mínima, proporcionalidad) o de política jurídica (política general) constituirían el denominador común de las condiciones de punibilidad, incluidas tanto las condiciones objetivas como las eximentes. Desde la perspectiva de la política criminal, las consideraciones de conveniencia y oportunidad en la configuración de una determinada condición de punibilidad adquieren un papel central. Este sería el caso de la exención de pena en los delitos patrimoniales entre familiares. Por otro lado, existen enfoques que priorizan criterios estrictamente extrapenales, es decir, intereses ajenos al Derecho penal, pero con los cuales este mantiene un canal de comunicación dentro del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la exención de pena en los delitos patrimoniales

⁸⁵⁷ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable, *cit.*, p.203-205.

⁸⁵⁸ BITTAR, W. B. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 106.

⁸⁵⁹ Cf. CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 172.

entre parientes obedecería a razones propias del Derecho de familia⁸⁶⁰. Bustos Rubio advierte que, si se adopta un enfoque basado en consideraciones extrapenales, debe tenerse en cuenta el riesgo de una "perversión del Derecho penal", es decir, la instrumentalización del *ius puniendi*, desviando esta rama del derecho hacia la consecución de fines ajenos a su naturaleza. El Derecho penal no puede ignorar sus propios límites y principios en favor de intereses cuya protección corresponde a otros ámbitos del ordenamiento jurídico⁸⁶¹. Bittar, en esta línea, sugiere que la expansión del Derecho penal⁸⁶² conduce inevitablemente a un incremento en el uso de las restricciones punitivas⁸⁶³. Por su parte, García Pérez, tras analizar distintas posturas, identifica un consenso entre los autores según el cual la utilidad es el elemento que otorga sentido a la punibilidad. En este sentido, **no** habría una diferencia sustancial entre referirse a juicios de eficiencia (como hace Díez Ripollés, como se verá más adelante), racionalidad orientada a fines, racionalidad pragmática o idoneidad y necesidad. De este modo, señala García Pérez, resulta necesario determinar dónde se encuentran en el Derecho penal los **criterios de utilidad** y en qué consisten. La respuesta a estas cuestiones, según el autor, parece hallarse en el principio de subsidiariedad⁸⁶⁴, en la medida en que existe un amplio consenso en que las circunstancias que eximen de pena deben situarse dentro del ámbito de la punibilidad cuando su objetivo ya ha sido alcanzado por otros medios⁸⁶⁵.

No puede aceptarse plenamente la idea de que el único criterio de la punibilidad sea la búsqueda de la utilidad. Sin embargo, es cierto que la pena útil opera como elemento rector de la punibilidad. Este elemento rector no resuelve las controversias dogmáticas que aquí se ha intentado describir, pero confirma este postulado: la punibilidad es el lugar dogmático donde se aplica el utilitarismo (y, por tanto, la delación premiada) en el

⁸⁶⁰ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166-168.

⁸⁶¹ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable ..., *cit.*, p. 201-203.

⁸⁶² Cf. SILVA SANCHEZ, J.-M. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. HUSAK, D. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.

⁸⁶³ BITTAR, W. B. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 97-98.

⁸⁶⁴ Cabe destacar, incluso para retomar la referencia al pensamiento de Hillenkamp, que el principio de subsidiariedad es, según un amplio sector doctrinal, el fundamento de los juicios victimodogmáticos, los cuales, según las corrientes moderadas, implican la dosimetría de la pena. A propósito, véase: HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 43, 1990, p. 247. CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 2. ed. Barcelona: Bosch Editor, 2001, p. 20-21. SCHÜNEMANN, B. The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 7, n. 2, 2004, p. 566-567.

⁸⁶⁵ GARCÍA PÉREZ, O. Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXIX, 2019, p. 728.

derecho penal. Dicho esto, podemos pasar a un aspecto menos controvertido en la actualidad: la punibilidad en sus condiciones objetivas y en las excusas absolutorias.

4.6 Elementos de la punibilidad

También existen divergencias en torno a cuáles son los elementos constitutivos de la punibilidad. Sin duda, los más aceptados son las *condiciones objetivas de punibilidad* y las *excusas absolutorias*⁸⁶⁶. Ambos comparten un rasgo común: se refieren a la punibilidad y no guardan relación con el delito culposo. En cuanto a sus diferencias, a grandes rasgos, pueden señalarse dos: (I) mientras que las *condiciones objetivas* de punibilidad se configuran positivamente (su cumplimiento fundamenta la punibilidad), las *excusas absolutorias* se estructuran en términos negativos (su presencia impide la punibilidad del delito); y (II) las *excusas absolutorias* tienen un carácter subjetivo y, por lo tanto, no se extienden a los partícipes, mientras que las *condiciones objetivas* de punibilidad poseen una naturaleza objetiva y, en consecuencia, pueden comunicarse a otros agentes en la comisión del delito⁸⁶⁷.

4.7 Condiciones objetivas de punibilidad

Se entiende por condición objetiva de punibilidad a una circunstancia que, en algunos delitos, supedita la imposición de la pena sin por ello formar parte de lo injusto culpable⁸⁶⁸. Se consideran condiciones objetivas de punibilidad "*todos aquellos acontecimientos del mundo exterior que se producen al margen del proceso causal provocado por el autor o en los que ese proceso solo aparece como condición del mismo (no como causa en sentido jurídico), debido a la acción de factores extrahumanos, a la actividad de un tercero en ese proceso o a un desarrollo del mismo no querido o previsto*

⁸⁶⁶ MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 27.

⁸⁶⁷ HIGUERA GUIMERÁ, J.-F. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. In: CEREZO MIR, J. *et al.* (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 388-389. CARVALHO, E. M. *Punibilidad e delito*, cit., p. 76-81. MORENO-TORRES HERRERA, M. Rosa. *El error sobre la punibilidad*, cit., p. 29-34.

⁸⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*. Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 401.

como requisito del tipo⁸⁶⁹". De este modo, el criterio más importante para dotar de autonomía dogmática a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad es que **no** necesitan estar sujetas a la voluntad del autor⁸⁷⁰, es decir, no requieren dolo —el autor puede desconocerlas— ni siquiera culpa⁸⁷¹.

Aunque relativamente escasas en número, existen condiciones objetivas de punibilidad de gran relevancia en el ordenamiento. En efecto, parte de la doctrina admite, en principio, que las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen el fundamento del injusto, pero reconoce que algunas de ellas pueden, en ciertos casos, conformar uno de los fundamentos del delito. Por ello, en función de su vinculación con el delito, se propone clasificar las condiciones objetivas de punibilidad en *propias* e *impropias*. Las propias constituirían causas de restricción de la pena, sin plantear problemas de compatibilidad con el principio de culpabilidad⁸⁷².

Las condiciones objetivas de punibilidad impropias, en cambio, pueden plantear problemas de naturaleza dogmática, ya que constituyen "*auténticas causas de agravación de la pena encubiertas*"⁸⁷³. Es más, representan una restricción al principio de culpabilidad por razones político-criminales, en la medida en que forman parte esencial del tipo penal, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, pues el legislador las sustrae de la exigencia de dolo o culpa⁸⁷⁴. Al permitir sancionar conductas que, en principio, quedarían impunes, las condiciones impropias se consideran un "avance de las barreras de la punibilidad"⁸⁷⁵.

⁸⁶⁹ CREUS, C. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 277. A propósito, ver: ZUCCALÀ, G. Estructura del delito y punibilidad: el evento preterintencional. Problemas actuales. In: NIETO MARTÍN, A. (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. v. I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1399 e ss.

⁸⁷⁰ GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal*. Parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 249-250. Roxin lista como exemplo de condição objetiva de punibilidade a garantia de reciprocidade e de manutenção de relações diplomáticas nos delitos contra Estados estrangeiros, o que indica que a condição objetiva de punibilidade não precisa ser necessariamente um fato, um resultado de uma conduta. ROXIN, C. *Derecho Penal*, cit., p. 971.

⁸⁷¹ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, cit., p. 401. FARALDO CABANA, P.; Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la administración de Justicia. In: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coord.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarro: Editorial Aranzadi, 2001, p. 1304.

⁸⁷² CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 117-118. MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 35.

⁸⁷³ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 120-121.

⁸⁷⁴ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 120-121. FARALDO CABANA, P. Falsas condiciones..., cit., p. 1315.

⁸⁷⁵ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 121.

Como señala Faraldo Cabana, parte de la doctrina española considera que el art. 458.2, *in fine*, del Código Penal español prevé una condición objetiva de punibilidad impropia⁸⁷⁶. Sin embargo, según el autor, es discutible que el hecho de que se dicte una sentencia condenatoria como consecuencia de un falso testimonio en un proceso penal constituya una condición objetiva de punibilidad⁸⁷⁷. Esto va más allá de una cuestión meramente teórica: la posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica de esta circunstancia tiene importantes implicaciones dogmáticas. No se debate entre punibilidad y no punibilidad, sino entre distintos niveles de punibilidad, es decir, entre la aplicación del tipo básico o del subtipo agravado⁸⁷⁸. Así, si se sostiene que el dictado de una sentencia condenatoria derivada del falso testimonio es una condición objetiva de punibilidad cuya concurrencia permite agravar la pena de un delito ya punible, entonces la existencia de la sentencia no requeriría estar amparada por la intención del autor, y, en consecuencia, el error sobre esta circunstancia resultaría irrelevante. En cambio, si se considera que esta circunstancia es un elemento del tipo penal, es decir, un resultado típico, la condena en el proceso en el que se produjo el falso testimonio debería estar cubierta por la intención del autor⁸⁷⁹. El hecho de que la eventual sentencia condenatoria no pueda ser determinada por el impulso causal del autor, dado el sistema de libre valoración de la prueba por el juez, parece reforzar su carácter de condición objetiva de punibilidad⁸⁸⁰. Con todo, la concepción de la sentencia condenatoria resultante del falso testimonio como condición objetiva de punibilidad no puede ignorar que, a la luz de la previsión normativa, no limita ni restringe la punibilidad, sino que fundamenta la agravación establecida en el precepto normativo anterior. En otras palabras, en ausencia de una sentencia condenatoria emanada del falso testimonio, se aplicaría la pena del delito

⁸⁷⁶ 1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses. 2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. *Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.*

⁸⁷⁷ FARALDO CABANA, P. Falsas condiciones ..., *cit.*, p. 1313.

⁸⁷⁸ *Idem*, p. 1313.

⁸⁷⁹ *Idem*, p. 1314.

⁸⁸⁰ *Idem*, p. 1314.

base, no la del subtipo agravado. Por esta razón, parte de la doctrina entiende la condena como una condición objetiva de punibilidad *impropia*⁸⁸¹⁸⁸².

Ulteriores ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad en el sistema positivo español se encuentran tanto en el art. 30 CP, como en el art. 196 CP.

Por lo que concierne al primero, el precepto establece un sistema específico de responsabilidad en los casos de delitos cometidos “utilizando medios o soportes de difusión mecánicos”. La norma presenta dos características. Por una parte, excluye la responsabilidad de cómplices (art. 29 CP) y encubridores (arts. 451 y ss. CP). Por otra, estructura la responsabilidad escalonadamente entre autores del texto o signo y sus inductores; director de la publicación o programa; directores de la empresa editora, emisora o difusora y, por fin, directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora (de ahí que se hable de una “responsabilidad en cascada”). La responsabilidad salta de un escalón a otro cuando «por cualquier motivo» no quepa hacerla efectiva en quien se encuentra en una posición preferente. Pues bien, la imposibilidad de perseguir a quien se encuentra en un nivel superior constituye una condición objetiva de punibilidad propia, por lo que permanece inalterado el contenido de antijuridicidad y culpabilidad de los que intervienen en los hechos, lo que puede ser relevante para la responsabilidad civil que podría ser exigida⁸⁸³.

En cuanto al art. 196 CP, como es conocido, dispone que “[e]l profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas...”. Un sector de la doctrina viene estimando que la exigencia de que se

⁸⁸¹ FARALDO CABANA, P. Falsas condiciones objetivas, *cit.*, p. 1315. Faraldo Cabana entiende que el delito de falso testimonio es “un delito cuyo tipo agravado se construye sobre la base de un factor cualificante (la concurrencia de un resultado más grave) expresado en términos significativamente objetivizantes, pese a lo cual para ser aplicado el sujeto activo deberá haber abarcado el mismo con el dolo, como mínimo en los términos del dolo eventual”. *Idem*, p.1316.

⁸⁸² Sobre el tema, véase también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad*, Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain / Enrique Echeburúa Odriozola (comp.), José Luis de la Cuesta Arzamendi (comp.), Iñaki Dendaluze Seguro (comp.), Antonio Beristain Ipiña (hom.), 1989

⁸⁸³ Véase, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M. *Libertad de expresión y teoría de la codelincuencia*. Granada: Comares, 1998, p. 170 y ss.

produzca un “riesgo grave para la salud de las personas” constituye una condición objetiva de punibilidad propia⁸⁸⁴

Dado que, en cierta medida, constituyen el fundamento del delito, surge la cuestión de si la inaplicabilidad de las condiciones objetivas de punibilidad podría suponer una vulneración del principio de culpabilidad. De hecho, se argumenta que no exigir que la condición objetiva esté respaldada por el dolo o la culpa “supone excluirla de las reglas del error de tipo, lo que abriría un resquicio para una posible transgresión de uno de los pilares del Derecho penal moderno”.⁸⁸⁵

En cuanto a la relación entre punibilidad y culpabilidad, Jescheck ya señaló que existen tres formas de manifestación o planos del principio de culpabilidad. En primer lugar, la culpabilidad procesal, que constituye un requisito básico para la imposición de la pena al final del proceso. En segundo lugar, la culpabilidad como fundamento de la pena, que abarca todos los presupuestos jurídicos que justifican, limitan o excluyen la responsabilidad individual del autor de una conducta antijurídica sujeta a sanción penal. Por último, la culpabilidad en la determinación de la pena, que comprende todos los elementos subjetivos de la punibilidad y la responsabilidad del autor por el injusto culpable, así como su comportamiento antes y después del delito, junto con los factores que determinan el grado de reprochabilidad del hecho⁸⁸⁶.

La culpabilidad en la determinación de la pena se ocupa de los requisitos que definen la responsabilidad individual del autor y son decisivos para la existencia, delimitación y exclusión de la punibilidad, la cual, según explica el autor, exige una

⁸⁸⁴ Al respecto, por todos, véase GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*. Valladolid: SPU, 1999, p. 63 y ss.

⁸⁸⁵ CARVALHO, E. M. *Punibilidad e delito*, cit., p. 125. En el mismo sentido, Moreno Torres: “Desde mi punto de vista, no cabe la menor duda de que las mal llamadas condiciones objetivas de punibilidad ‘impropias’ no tienen nada que ver con la esencia generalmente reconocida a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad, que podría resumirse en su capacidad de excluir la punibilidad de una conducta por razones ajenas a la propia acción y a su catalogación como hecho típico, antijurídico y culpable. De ahí que compartamos plenamente la crítica a la utilización del término condición objetiva de punibilidad, aunque se matice su carácter ‘impropio’, en aquellos casos que nada tienen que ver con la punibilidad de un hecho, sino con su propia consideración como injusto culpable. Y de ahí que, igualmente, entendamos que las condiciones objetivas de punibilidad impropias encerrarían inadmisibles restricciones al principio constitucional de culpabilidad desde el momento en que la concurrencia objetiva del elemento consignado legislativamente permite sancionar determinados hechos a pesar de que dicho elemento no haya sido abarcado por el dolo o la imprudencia del autor”. MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 39-40.

⁸⁸⁶ JESCHECK, H.-H. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. *Eguzkilore: zientzia kriminologikoen aldizkari elektronikoa: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 9, 1995, p. 31.

conducta dolosa o culposa. Sin embargo, este criterio no solo considera este aspecto, sino que también comprende la gravedad objetiva del hecho, en la medida en que sea atribuible al autor. Asimismo, en la determinación de la pena resulta fundamental considerar las consecuencias del hecho, ya que se presupone la responsabilidad del autor sobre ellas. Se entiende por consecuencias del hecho los efectos derivados de la conducta que exceden la mera descripción del resultado típico, el cual pertenece al ámbito del injusto. Por otra parte, la culpabilidad también se vincula con la valoración de la personalidad del autor en el proceso de determinación de la pena, aunque esta valoración se limita, desde luego, a las circunstancias que puedan reflejarse en el hecho mismo. Entre estas circunstancias se encuentran el comportamiento anterior y posterior al delito. Un ejemplo tradicional de comportamiento anterior es la reincidencia, en la medida en que puede agravar la culpabilidad al determinar la pena. Por su parte, el comportamiento posterior también incide en la valoración de la culpabilidad: en algunos casos, agrava la responsabilidad, mientras que en otros la atenúa. Así, si refleja una evolución favorable en la personalidad del autor, puede ser considerado un factor atenuante. Un ejemplo clásico de comportamiento posterior valorado positivamente es la reparación del daño o la indemnización a la víctima⁸⁸⁷.

En vista de la relación entre culpabilidad y punibilidad, los críticos de las condiciones *impropias* sostienen que solo las condiciones objetivas de punibilidad *propias* constituyen auténticas condiciones de punibilidad. En cambio, los elementos clasificados como condiciones objetivas de punibilidad impropias serían "excepciones inadmisibles al principio de culpabilidad y deberían, de lege ferenda, desaparecer de los sistemas jurídico-penales modernos"⁸⁸⁸.

Desde esta perspectiva, Mendes de Carvalho, al analizar el artículo 137 del Código Penal brasileño ("*rixa*" en portugués, como *riña* o *pelea*)⁸⁸⁹, señala que la

⁸⁸⁷ JESCHECK, H.-H. El principio de culpabilidad..., *cit.*, p. 33, 36-37 "La culpabilidad para la fundamentación de la pena trata de los requisitos para la responsabilidad individual del autor, que son decisivos para el nacimiento, delimitación y exclusión de la punibilidad. La culpabilidad para la determinación de la pena va más lejos. Comprende, además, la gravedad objetiva del acto, en la medida en que éste sea culpable. (...) Sin embargo, existe también un comportamiento posterior al acto que permite la manifestación de la personalidad del autor de manera más favorable y, en consecuencia, reduce la culpabilidad propia de la determinación de la pena. Esto vale, en particular, en los casos en que el autor se esfuerza por reparar el daño o en compensar a la víctima" *Idem*, p. 36-37

⁸⁸⁸ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, *cit.*, p. 129.

⁸⁸⁹ Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

condición objetiva de mayor punibilidad —es decir, la muerte o las lesiones graves— influye en la gravedad del delito y, por lo tanto, conlleva un aumento de la pena⁸⁹⁰. La autora destaca que las condiciones impropias, aunque no tengan relación con el delito culpable, generan un incremento injustificado de la sanción penal, lo que pone de manifiesto su incompatibilidad con el principio de responsabilidad subjetiva. De este modo, el párrafo único del citado artículo representaría una "intolerable concesión a la responsabilidad objetiva", ya que el resultado de muerte o lesiones graves en la reyerta se configura como una condición objetiva de punibilidad impropia, contraria a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia⁸⁹¹.

A partir del derecho portugués, Costa Pinto adopta una postura divergente respecto a las riñas ("rixa"). Según su interpretación, el delito de participación en *rixas* en el Derecho portugués se estructura a partir de dos elementos esenciales⁸⁹²: (I) la conducta prohibida, que consiste en intervenir o participar en una pelea (con la presencia de al menos dos personas); y (II) una consecuencia concreta, como la muerte o una lesión grave que afecte la integridad física de un participante o de un tercero⁸⁹³. Desde esta configuración normativa, la mayoría considera que el tipo penal de *rixa* constituye una incriminación de peligro abstracto para bienes jurídicos como la vida y la integridad física, cuyo alcance queda limitado a la verificación de una condición objetiva de punibilidad (lesión corporal o muerte). La incorporación de esta condición se entendería como un mecanismo para restringir el ámbito de la incriminación y, al no formar parte del tipo penal, quedaría al margen del tipo subjetivo, lo que implica la prescindibilidad del dolo o la culpa y, en consecuencia, la inaplicabilidad del régimen del error en esta circunstancia⁸⁹⁴.

Por otro lado, todo lo anterior lleva a la conclusión de que las construcciones de la doctrina dominante vulneran el principio de culpabilidad. En este sentido, la denominada condición objetiva de punibilidad formaría parte del tipo penal, considerada

⁸⁹⁰ Es lo más correspondiente al artículo 154 del Código Penal de España, de participación en riña.

⁸⁹¹ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 131-132.

⁸⁹² Participação em rixa. Artigo 151. 1 - Quem intervier ou tomar parte em rixa de duas ou mais pessoas, donde resulte morte ou ofensa à integridade física grave, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 - A participação em rixa não é punível quando for determinada por motivo não censurável, nomeadamente quando visar reagir contra um ataque, defender outrem ou separar os contendores.

⁸⁹³ PINTO, F. de L. da C. Ilícito e punibilidade no crime de participação em rixa. In: ANDRADE, M. da C. et al. (Coord.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 872.

⁸⁹⁴ *Idem*, p. 872.

su 'necesidad cognoscitiva'. Por tanto, esta circunstancia no podría considerarse completamente ajena en el momento de imputación subjetiva. Para garantizar el respeto al principio de culpabilidad, sería necesario exigir un elemento subjetivo específicamente definido, consistente en una combinación de *dolo* respecto a la conducta prohibida e *imprudencia* en relación con el resultado posterior, o al menos la mínima exigencia de previsibilidad de ese resultado más grave. Desde esta perspectiva, el delito en cuestión se configuraría como un delito de peligro concreto, en el que la situación de riesgo se evidencia a través de las consecuencias de la *rixa*. Este peligro *no* sería una mera condición objetiva de punibilidad, sino un componente esencial del tipo penal mismo⁸⁹⁵.

Costa Pinto señala que la ley no prohíbe cualquier forma de participación en cualquier tipo de riña: solo prohíbe "los casos en que el hecho colectivo posea una peligrosidad concreta y cualificada para determinados bienes jurídicos personales⁸⁹⁶," de modo que la condición objetiva de punibilidad "funciona como indicio legal de la peligrosidad del delito⁸⁹⁷". Parte de la doctrina considera, sin embargo, que no sería legítimo establecer la peligrosidad de una conducta mediante la prueba posterior (y retroactiva) del daño. El autor afirma que esta crítica no es convincente, ya que sería legítimo que el legislador utilizara las consecuencias reales del comportamiento como criterio para medir la peligrosidad de la conducta⁸⁹⁸.

Una segunda crítica a la disposición del Código portugués es que la norma vulneraría el principio de igualdad, en la medida en que participar en una *rixa* podría o no dar lugar a un castigo en función de una condición objetiva de punibilidad. La marcada diferencia de trato resultaría inaceptable, pues haría depender la responsabilidad penal de la verificación de un resultado puramente causal⁸⁹⁹. No obstante, esta crítica, según el autor, es equivocada porque parte de la premisa de que la valoración de la igualdad ante la ley penal solo puede realizarse en relación con el tipo del delito, lo que, en sí mismo, es tanto un supuesto como una conclusión de su argumentación. Además, asume de manera incorrecta que no hay una diferencia esencial, en términos de merecimiento y necesidad de pena, entre una *rixa* sin consecuencias graves y otra que las genera. Se trata de un "*razonamiento artificial y alejado de la realidad*": la condición objetiva de

⁸⁹⁵ PINTO, F. de L. da C. Ilícito e punibilidade ..., *cit.*, p.874-875.

⁸⁹⁶ *Idem*, p. 877.

⁸⁹⁷ *Idem*, p. 878.

⁸⁹⁸ *Idem*, p. 878-879.

⁸⁹⁹ *Idem*, p. 881.

punibilidad cumple la función de delimitar normativamente la peligrosidad del hecho colectivo, lo que impide seguir sosteniendo que una *rixa* es cualitativamente igual, haya o no una consecuencia grave⁹⁰⁰.

En síntesis, la producción de un resultado grave en una *rixa* constituye una condición objetiva de punibilidad y no un elemento del ilícito penal. Dado que la participación en una *rixa* es un delito de carácter colectivo, la muerte o las lesiones corporales graves que resulten de la riña no pueden imputarse individualmente a cada participante, sino que deben entenderse como consecuencias del hecho colectivo. Esta forma de estructurar el delito deja en evidencia que la pena prevista por el legislador para la participación en una pelea es la misma, con independencia de si se producen lesiones graves o la muerte de alguien ("*indiferencia axiológica cualitativa*"), lo que no sería posible si estos hechos formaran parte del núcleo del tipo penal. Del mismo modo, para la aplicación del tipo de participación en una *rixa*, es irrelevante que haya una o varias muertes o lesiones graves ("*indiferencia axiológica cuantitativa*"). Aunque estas circunstancias pueden influir en la determinación concreta de la pena, no afectan la aplicabilidad del tipo, que solo es viable porque dichas consecuencias no forman parte de la estructura del delito⁹⁰¹.

Desde una perspectiva teórica, la objeción fundamental al concepto de condiciones objetivas de punibilidad *impropias* es que, en realidad, funcionan como elementos que agravan la pena al influir en la magnitud del delito, sin que, a su turno, se exija que vayan acompañadas de alguna forma de intencionalidad. En este sentido, constituirían, como se ha señalado, una violación del principio de culpabilidad o, según se interprete, incluso del de presunción de inocencia⁹⁰². Según Mendes de Carvalho, las circunstancias conocidas como condiciones objetivas de punibilidad impropias no son verdaderas condiciones de punibilidad ni elementos del tipo. Aun así, dan lugar a la imposición o agravación de una pena sin que sea necesario que estén respaldadas por la intención del agente. Así, estos elementos "*presuponen inequívocamente un ataque a la responsabilidad penal subjetiva y su presencia en el sistema jurídico-penal debe ser objeto de revisión*"⁹⁰³.

⁹⁰⁰ PINTO, F. de L. da C. *Ilícito e punibilidade ...*, cit., p. 882.

⁹⁰¹ *Idem*, p. 883-886.

⁹⁰² CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 132.

⁹⁰³ *Idem*, p. 132.

Las condiciones objetivas de punibilidad, por su propia naturaleza, quedan al margen del proceso causal del autor y, en consecuencia, generan controversia en torno a la responsabilidad objetiva, especialmente cuando ni siquiera concurre en ellas una previsibilidad que denote, al menos, imprudencia.

4.8 Excusas absolutorias

Una acción típica, antijurídica y culpable también puede quedar exenta de castigo cuando concurren *excusas absolutorias*. Estas constituyen circunstancias excepcionales, normalmente vinculadas a la persona del autor, lo que limita la punibilidad exclusivamente a su caso, sin afectar a los demás intervinientes en el delito⁹⁰⁴. Se trata, por tanto, de supuestos en los que el Estado renuncia a su derecho de castigar por razones políticas⁹⁰⁵, basadas en criterios de oportunidad y conveniencia⁹⁰⁶.

Uno de los ejemplos más usuales de excusa absolutoria es la exclusión de pena en determinados delitos patrimoniales cometidos entre parientes⁹⁰⁷. Donna intenta clasificar

⁹⁰⁴ GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal*. Parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 251. . También: MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*. Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 401. MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 30.

⁹⁰⁵ CREUS, C. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 280.

⁹⁰⁶ HIGUERA GUIMERÁ, J.-F. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. In: CEREZO MIR, J. *et al.* (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 396.

⁹⁰⁷ Código Penal Espanhol, Artículo 268. 1: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito. Es el ejemplo primero que usa Cerezo Mir, al reordar que “las excusas absolutorias tienen un carácter personal, es decir, se aplican únicamente a aquellos delincuentes en quienes concurren. Así se indica expresamente en la excusa absolutoria de la relación de parentesco en ciertos delitos contra el patrimonio y en las restantes excusas absolutorias se deduce del fundamento de las mismas en la falta de la necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general y especial”. CEREZO MIR, J. *Derecho Penal: Parte General*, São Paulo: Ara/RT, 2007 p. 1162. Para una visión general, GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código penal*, Madrid: Thomson Reuters, 2015, art. 268, p. 377 y ss. En sentido contrario, es decir, en protección de la autoridad del padre, hasta el Código Penal de 1932, como comenta Rodríguez Muñoz, presentaba la excusa de las lesiones, basada en el derecho de los padres a corregir a sus hijos: “No están comprendidos en este artículo las lesiones que el padre, la madre o los abuelos causaren al hijo o nieto excediéndose en su corrección” (art. 535).. Disposición análoga aparece en el art. 820. Véase BARJA DE QUIROGA, J. *Códigos Penales...*cit. p. 940. Silveira, desde Brasil, analiza los diversos casos del *jus corrigendi* para concluir que “... embora essa consideração possa, eventualmente, também ser tida por mera

los argumentos que justifican esa opción legislativa. Una primera explicación sostiene que la razón de la excusa es preservar el decoro familiar: se considera preferible la impunidad del hecho antes que la publicidad de la conducta, que podría resultar más perjudicial para la institución familiar⁹⁰⁸. Otra postura defiende que la no punibilidad se fundamenta en la comunidad de bienes dentro del ámbito doméstico, lo que haría injustificada la persecución penal. Finalmente, algunos autores argumentan que la ausencia de alarma social justifica la no punibilidad, pues no sería imprescindible que el Estado sancionara estas conductas, ya que la seguridad colectiva no se ve afectada y todo lo sucedido queda restringido al ámbito de la intimidad, haciendo innecesario el castigo. Tras exponer estas interpretaciones, Donna concluye que se trata, en última instancia, de una cuestión de política criminal: a pesar de que la conducta es típica, ilícita y culpable, el legislador considera oportuno eximir de pena⁹⁰⁹.

Según un sector creciente de la doctrina, el término "*excusas absolutorias*" resulta impreciso. Este concepto incluiría tanto circunstancias previas o concomitantes al hecho como aquellas que se presentan con posterioridad al delito (*conductas posdelictivas*)⁹¹⁰. Rodríguez Muñoz, en su análisis de las figuras de los Códigos Penales de 1870 y 1832, aclara que los autores siguen en duda sobre si se trata de un requisito del delito o de la pena, habiendo casos "cuya colocación en las excusas absolutorias suscita dudas a los tratadistas"⁹¹¹. El autor demuestra con precisión cómo hay casos en los que falta la culpabilidad, mientras que en otros, como en los casos de arrepentimiento, la excusa incide directamente en la pena.

Bustos Rubio sostiene que no se puede equiparar la situación de quien comete un delito patrimonial sin violencia contra un familiar con la de quien regulariza su situación tributaria para evitar la imposición de una sanción⁹¹². Desde una perspectiva cronológica,

aplicação do princípio da insignificância, isso implicaria verificação já em termos de tipo penal. Aqui mais amoldado parece ser a aplicação da adequação social" SILVEIRA, R.M.J., *Adequação social...*, cit. p. 438.

⁹⁰⁸ En Brasil, Salvador Netto, en análisis amplia de la hipercriminación de los ataques al patrimonio, critica la poca posibilidad normativa de renunciar a la aplicación de la pena. En sus palabras, los "juízos de desnecessidade de punição (...) estão praticamente restritos às excusas absolutórias (imunidades) patrimoniais". SALVADOR NETTO, A.V., *Direito penal e propriedade privada*, SP: Atlas, 2014, p. 221

⁹⁰⁹ DONNA, E. A. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo II - B. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001, p. 774-775.

⁹¹⁰ MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*, cit., p. 41-42.

⁹¹¹ Aun así, el autor define las excusas absolutorias de modo general, antes de pasar al análisis de cada caso, como "ciertos casos en los que, existiendo una conducta descrita por la ley (típica), antijurídica y culpable, no se castiga al autor por determinadas razones de utilidad, conveniencia, política penal, etc." RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. Notas de Derecho español al Tratado de Derecho Español, MEZGER, E. (trad. Rodríguez Muñoz), Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 165

⁹¹² BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable..., cit., p. 221-222.

las eximentes preexistentes serían aquellas circunstancias previstas por la ley que deben concurrir antes de la comisión del delito, mientras que las eximentes posteriores, como indica su propia denominación, serían aquellas que el legislador toma en cuenta una vez consumada la infracción penal⁹¹³.

Mendes de Carvalho reconoce que una parte importante de la doctrina alemana clasifica las eximentes preexistentes como *causas de exclusión de la pena* (*Strafausschließungsgründe*), mientras que las eximentes posteriores se consideran *causas de supresión, liberación o levantamiento de la pena* (*Strafaufhebungsgründe*). Las primeras son circunstancias legalmente establecidas cuya verificación conlleva la impunidad desde el inicio, dado que preceden a la comisión del delito. En cambio, las segundas —las causas de levantamiento de la pena— surgen después de consumado el delito y "*suprimen retroactivamente la punibilidad ya establecida*." ⁹¹⁴ Esta distinción, subraya Rubio, no es menor, sino una clave para determinar el verdadero fundamento de los elementos que configuran la punibilidad. Aunque desde un punto de vista práctico el resultado sea el mismo —la no punibilidad del sujeto—, el fundamento jurídico varía significativamente. En un caso, la exoneración de pena deriva de circunstancias objetivas o de características inherentes al autor; en el otro, el autor solo alcanza la extinción de la punibilidad mediante una determinada *actuación posdelictiva*⁹¹⁵.

Según Mendes de Carvalho, la conducta posdelictiva positiva presenta tres características: la *posterioridad*, la *voluntariedad* y, como su denominación indica, su contenido *positivo*⁹¹⁶. En cuanto al primer aspecto, es decir, la posterioridad, la conducta 'posdeliberada' puede producirse incluso cuando el delito aún no se ha consumado, como ocurre en el desistimiento voluntario o el arrepentimiento eficaz⁹¹⁷⁹¹⁸. Estos serían los

⁹¹³ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 143-144.

⁹¹⁴ *Idem*, p. 144-145.

⁹¹⁵ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable..., *cit.*, p. 223.

⁹¹⁶ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, *cit.*, p. 147.

⁹¹⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 972. A propósito, Frisch: "Quien se aparta así de su propio cuestionamiento del Derecho y regresa a la senda del mismo, revoca con ello idealmente ese cuestionamiento y convierte en superfluo un rechazo expreso estatal a través de la condena reprobadora y la pena". FRISCH, W. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*, n. 3, 2014, p. 25.

⁹¹⁸ El Código Penal de España ya no se refiere al 'arrepentimiento', por lo que la denominación 'arrepentimiento eficaz' o 'arrepentimiento activo' pierde su sentido. Sin embargo, la figura sigue existiendo en el segundo supuesto del artículo 16.2 del Código Penal: "16. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito". No deja de ser curioso que la desaparición del nombre del arrepentimiento no mute su naturaleza. Así se puede citar el comentario de Rodríguez Muñoz, cuando estando vigente el Código Penal de 1932, conforme al cual el artículo 253, que mencionaba exención "de toda pena los peores ejecutores" de rebeldía o sedición,

casos en que el sujeto, habiendo iniciado la ejecución del delito, decide voluntariamente no continuar o bien toma medidas activas para evitar el resultado lesivo. En definitiva, se trata de conductas *posteriores* en la medida en que tienen lugar después del inicio de la ejecución (manifestación de la tentativa)⁹¹⁹.

Desde esta perspectiva, García Pérez busca comprender los fundamentos de la impunidad en los casos de desistimiento⁹²⁰. Para este autor, dicha fundamentación debe partir de la razón por la cual la tentativa es punible. Existen dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva, que determinan la tentativa como causa de extensión de la pena y que justifican su ilicitud: el autor adopta una resolución delictiva que se manifiesta en la creación de un riesgo para la integridad del bien jurídico. La magnitud de este riesgo varía en función de si se trata de una tentativa acabada o inacabada y de la naturaleza del delito consumado (de referencia). Así, el desistimiento actuaría como una causa de restricción de la pena. En este supuesto, quien ha adoptado una resolución delictiva y ha ejecutado actos con los que genera un riesgo para la integridad del bien jurídico, modifica su intención inicial por otra dirigida a impedir que dicho riesgo se transforme en una lesión o puesta en peligro del bien protegido⁹²¹. Con este cambio de resolución, el agente, mediante una conducta omisiva o activa —según se trate de una tentativa inacabada o acabada—, anula la posibilidad de que se produzca el resultado lesivo⁹²².

La diferencia entre los tipos de desistimiento radica en que, en la **tentativa inacabada**, aún no se han ejecutado todos los actos necesarios para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo que el riesgo creado todavía no se ha desvinculado completamente del control del agente. En cambio, en la **tentativa acabada**, una vez realizados todos los actos ejecutivos, el riesgo adquiere independencia respecto del sujeto,

“resulta de manera indubitada de la propia esencia y naturaleza genuina del arrepentimiento (determinada aquí de la exclusión de responsabilidad)”. El caso del arrepentimiento, por lo tanto, no necesita ser nombrado para que exista, bien sea en el Código de 1932, bien sea en el actual. Sobre la figura del arrepentimiento (expreso o no) como figura absolutoria, comenta el autor: “En este caso se trata de acciones cuyo proceso de generación y consumación no ofrece peculiaridad de ninguna clase, y en la que sólo después de consumadas, la conducta posterior (arrepentimiento) de ciertos autores (no de todos) determina la exclusión de la pena. Sería absurdo negar en tales casos que la conducta es propia y verdaderamente un delito” RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. Notas de Derecho español al Tratado de Derecho Español, MEZGER, E. (trad. Rodríguez Muñoz), Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 169. Véase BARJA DE QUIROGA, j. et alii, *Códigos Penales Españoles: recopilación y concordancias, volumen II*, Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2022.

⁹¹⁹ CARVALHO, E. M. *Punibilidad e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

⁹²⁰ Art. 16.2 y 16.3 del Código Penal de España.

⁹²¹ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el derecho penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1997, p. 161.

⁹²² *Idem*, p. 161.

lo que impide que la simple omisión evite la concreción del peligro o la lesión. Considerado esto, la impunidad en los casos de desistimiento se justifica porque, si la tentativa —caracterizada por la exteriorización de una resolución delictiva— genera un riesgo para el bien jurídico, en el desistimiento la conducta tiene el efecto contrario: está guiada por la voluntad de preservar el bien jurídico mediante la eliminación del riesgo creado. Al desistir, el autor invalida el sentido de la tentativa: quien inicia una resolución delictiva con la intención de lesionar un bien jurídico y, sin que medie un obstáculo objetivo o subjetivo que impida alcanzar su propósito, renuncia a él y lo sustituye por una conducta dirigida a proteger el bien jurídico, neutraliza su propia actuación anterior. Por esta razón, resulta esencial que el desistimiento sea genuinamente voluntario.

Así, las **conductas posdelictivas positivas** tienen como punto de referencia temporal mínimo la configuración de la ilicitud de la tentativa. El plazo máximo en que pueden operar varía en función del tipo delictivo⁹²³. La segunda característica fundamental de estas conductas está relacionada con este plazo máximo: la **voluntariedad**. En efecto, las causas que suprimen total o parcialmente la pena exigen que el sujeto actúe de forma voluntaria. Parte de la doctrina sostiene que la voluntariedad debe valorarse desde una perspectiva normativa; sin embargo, en muchas ocasiones la propia ley exige expresamente que la conducta posdelictiva se realice de manera espontánea, *"lo que pone de manifiesto que el simple cumplimiento de los plazos implícitos no es suficiente para que el sujeto se beneficie de la atenuación o exención de la pena"*⁹²⁴. Por último, la conducta debe tener un contenido positivo, lo que generalmente se manifiesta a través de la *reparación del daño*, la *reducción de las consecuencias del delito* o la *colaboración con la administración de justicia*⁹²⁵.

En el contexto analizado, la distinción entre causas de *exclusión* y causas de *levantamiento* de la pena plantea interrogantes sobre su ubicación sistemática. La solución, como explica Bustos Rubio, dependerá del concepto de punibilidad que se adopte. Si se parte de una **noción amplia** de punibilidad, según la cual esta comprende *todos los presupuestos materiales de la pena adicionales y distintos de la antijuridicidad y la culpabilidad*, entonces tanto las causas de exclusión como las causas de levantamiento de la pena formarían parte de la punibilidad, en su dimensión negativa,

⁹²³ *Idem*, p. 147-148.

⁹²⁴ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 148.

⁹²⁵ CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, *cit.*, p. 148-149.

junto a las condiciones objetivas de punibilidad (dimensión positiva). En cambio, si se adopta una **noción restringida** de punibilidad, según la cual esta solo comprendería los requisitos y presupuestos que, aunque ajenos al injusto culpable, forman parte del hecho delictivo, entonces las causas de exclusión de la pena quedarían incluidas en la punibilidad porque impiden su configuración al producirse en el momento de la ejecución del delito; de otra parte, las causas de *levantamiento* de la pena quedarían fuera del concepto de punibilidad, ya que la conducta posdelictiva es posterior al delito, es decir, suprime de manera retroactiva la punibilidad (pre)existente⁹²⁶.

No resulta posible, en este momento, compartir la posición de que las circunstancias posdelictivas positivas queden excluidas de la punibilidad *stricto sensu*. Si esta se limitara al momento de la comisión del delito, su función misma quedaría anulada. El comportamiento positivo del autor no incide retroactivamente en la culpabilidad, pero, cuando así lo establece la ley, puede anular la punibilidad.

4.9 Condiciones de procedibilidad

Como señala Carlos Creus, el proceso penal es indispensable para la aplicación de la pena. A su vez, el proceso tiene sus propios presupuestos y, en algunos casos, la imposición de la pena exige antecedentes exclusivamente procesales⁹²⁷. Garrido Montt afirma que una condición procesal es un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal en determinados delitos. Al igual que las condiciones objetivas de punibilidad, son independientes de la voluntad del agente y solo cuando se verifican puede iniciarse el proceso penal, constituyendo así un requisito esencial para el ejercicio legítimo de la acción (procesal) penal⁹²⁸. Muñoz Conde y García Arán aclaran que las condiciones de perseguibilidad no determinan la existencia del delito, sino su persecución, es decir, la apertura del proceso penal. Son, por tanto, "*obstáculos procesales que, en esencia, cumplen la misma función que las condiciones objetivas de punibilidad*"⁹²⁹.

⁹²⁶ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable ..., *cit.*, p. 228.

⁹²⁷ CREUS, C. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 280.

⁹²⁸ GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal*. Parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 250.

⁹²⁹ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, *cit.*, p.401.

No existe consenso doctrinal sobre si las condiciones de admisibilidad procesal forman parte de la punibilidad⁹³⁰. En la doctrina brasileña, Mendes de Carvalho y Bittar adoptan una visión más restrictiva sobre los elementos de este instituto⁹³¹. En España, Ferré Olivé, por ejemplo, plantea una concepción tripartita de la punibilidad. Según el autor, su fundamento radica en la consecución de objetivos guiados por razones políticas, como la política fiscal, la política internacional e incluso la política criminal. La explicación más satisfactoria de la punibilidad como categoría sistemática, según Ferré, se encuentra en la distinción entre el merecimiento y la necesidad de la pena. El primero se refiere exclusivamente al ilícito culposo (es decir, a un delito con todos sus elementos atribuidos a un sujeto determinado), mientras que la punibilidad responde a la necesidad preventiva de la pena, en la que confluyen elementos sustantivos y procesales. Estos elementos se justifican por razones de política jurídica y política criminal. Así, el delito afirma el juicio de merecimiento de la pena. Con todo, existen circunstancias específicas en las que se establecen requisitos adicionales para que ciertas conductas, aunque merecedoras de sanción, solo sean castigadas **cuando la pena resulte necesaria**. Cuando un precepto penal incorpora una condición objetiva, una causa de exclusión de la punibilidad o un requisito de procedibilidad, se está indicando que, en esos casos, si se verifica un factor que excluye la punibilidad, la pena, aun siendo merecida, no resulta necesaria. Según el autor, dentro de la punibilidad se incluyen las *condiciones objetivas de punibilidad*, las *causas excluyentes de punibilidad* y las *condiciones procesales*⁹³².

La doctrina destaca que no resulta sencillo diferenciar entre condiciones objetivas de punibilidad y esas ‘condiciones procesales’. Tradicionalmente se ha señalado que las primeras se basan en consideraciones sustantivas que inciden en la estructura del delito, mientras que las segundas se fundamentan en razones estrictamente procedimentales y no afectan el concepto de delito, ya que presuponen la existencia previa del injusto⁹³³. Esta distinción tiene consecuencias prácticas, dado que la adscripción de un elemento al ámbito sustantivo o procesal influye en el tratamiento que recibirá en el proceso penal.

⁹³⁰ *Idem*, p.401.

⁹³¹ Cf. CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*, cit., p. 117 e ss. BITTAR, W. B. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 131 e ss.

⁹³² FERRÉ OLIVÉ, J. C. Punibilidad y proceso penal. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 15, 2010, p. 58-63.

⁹³³ FARALDO CABANA, P. Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la administración de Justicia. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, F. (Coord.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarro: Editorial Aranzadi, 2001, p. 1305.

Así, si falta un presupuesto material (por ejemplo, una condición objetiva de punibilidad), se dictará una absolución. En cambio, si falta un presupuesto procesal (una condición de procedibilidad), "*se sobreseerá la causa*"⁹³⁴. Sin embargo, como señala Faraldo Cabana, aunque esta diferenciación es teóricamente válida, en la práctica resulta muy limitada. Además, se restringe a describir el efecto de los requisitos procesales sin caracterizarlos en cuanto a su contenido⁹³⁵.

Es válida la identificación, en el proceso penal, de causas que impiden la aplicación de la pena. Sin embargo, una vez más, ello responde a criterios políticos y de utilidad. La ausencia de condiciones de procedibilidad no altera la estructura del delito, lo que pone en duda su carácter estrictamente punitivo.

En ese sentido, Roxin y Greco, para la diferencia entre las excusas absolutorias y las condiciones procesales, siguen la solución intermedia de Gallas y Schmidhäuser. Se propone considerar las circunstancias independientes de la culpabilidad como condiciones objetivas de punibilidad si están ‘conectadas al hecho’, es decir, “si pertenecen al amplio ‘complejo del hecho’”⁹³⁶. Los presupuestos procesales serían, para Gallas, ‘las circunstancias ajenas al complejo del hecho’; Schmidhäuser perfecciona el concepto al señalar que la circunstancia debe ser considerada material y, por tanto, tener conexión directa con el hecho “cuando la circunstancia en cuestión pertenece a la situación de hecho o debería ser clasificada como resultado del hecho si la culpabilidad a ella se refiere”. Así, la prescripción, la amnistía, el indulto y la gracia serían todos presupuestos procesales porque “están completamente ajenos a la realización del hecho”.

Muy distinto es sostener que, por operar dentro de procedimientos, las condiciones de punibilidad sean de naturaleza procesal. Al implicar una reducción o anulación de la pena, incluso en casos de justicia negociada, constituyen elementos materiales, tal como se ha puesto de manifiesto desde el primer capítulo de este trabajo.

⁹³⁴ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable..., *cit.*, p. 210.

⁹³⁵ FARALDO CABANA, P. Falsas condiciones objetivas ..., *cit.*, p. 1306.

⁹³⁶ ROXIN, C., GRECO, L. *Direito Penal: Parte geral*, Tomo I Fundamentos, SP: Marcial Pons, 2024, p. 1383

4.10 Concepciones amplias de la punibilidad

Aunque, como se ha visto, la mayoría de los juristas analizan cuáles son los elementos constitutivos de la punibilidad y sus respectivos límites, algunos autores optan por conferir a la punibilidad un enfoque más global. En este marco, destacan los trabajos de Asúa Batarrita y Díez Ripollés.

Asúa Batarrita concibe la punibilidad desde la perspectiva de los criterios de oportunidad y legitimidad en la imposición de una sanción penal. Así, el análisis de las condiciones que legitiman la potestad sancionadora del Estado permite concluir que la pena carece de fundamento o pierde su legitimidad por circunstancias que, por su naturaleza o por el momento en que se producen, no afectan a la relevancia penal de la conducta ni excluyen su carácter delictivo, pero sí inciden en la oportunidad o justificación de la sanción⁹³⁷. En este sentido, la culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de una pena. No obstante, además de las consideraciones sobre la "necesidad de castigo", "todavía existen factores que deben ser valorados para confirmar la conveniencia de imponer una pena o la validez de la potestad del Estado para sancionar a la persona responsable de la conducta ilícita que, en principio, sería punible."⁹³⁸ Según Asúa Batarrita, la atribución de responsabilidad por la conducta típica solo debe considerar los elementos existentes en el momento de la infracción de la norma. Sin embargo, la imposición de la sanción debe tomar en cuenta factores posteriores que, aunque no modifiquen el juicio de antijuridicidad o la responsabilidad del autor, pueden afectar la viabilidad de alcanzar los fines de la pena o incidir en las condiciones de su legitimidad dentro del contexto específico en el momento de la condena⁹³⁹. Por tanto, sería procesalmente posible declarar la responsabilidad del agente en el delito—lo que podría implicar, por ejemplo, la obligación de reparar el daño—sin imponer una pena. Este mismo efecto puede derivarse de circunstancias concurrentes en

⁹³⁷ ASÚA BATARRITA, A. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: CEREZO MIR, J. *et al.* (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 224.

⁹³⁸ *Idem*, p. 225.

⁹³⁹ *Idem*, p. 226-227.

el momento del delito, como ocurre en los casos de pena natural (*poena naturalis*) y el consiguiente perdón judicial⁹⁴⁰⁹⁴¹. Además, la autora identifica diversas circunstancias que pueden comprometer la **legitimidad de la imposición de la pena**, entre ellas: la duración excesiva de la prisión preventiva⁹⁴², el comportamiento del "agente provocador"⁹⁴³⁹⁴⁴, la existencia de tortura en cualquiera de las fases del funcionamiento del sistema de justicia penal⁹⁴⁵ y las dilaciones indebidas⁹⁴⁶.

Diez Ripollés, a su vez, incrementa el concepto. Según el autor, una adecuada comprensión del papel que desempeña la punibilidad en el juicio de responsabilidad penal exige considerar la estructura completa del sistema de exigencias de responsabilidad penal⁹⁴⁷. El autor sostiene que el juicio de responsabilidad penal implica atribuir responsabilidad a una persona por la realización de una determinada conducta. Un individuo es "merecedor de un juicio de responsabilidad penal" si su comportamiento—ya sea acción u omisión—cumple con los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En este marco, el juicio de responsabilidad se vuelve necesario cuando concurren elementos que califican la conducta como punible⁹⁴⁸.

⁹⁴⁰ *Idem*, p. 227.

⁹⁴¹ El desarrollo completo de la *poena naturalis* en la punibilidad corresponde más recientemente a Ruiz Miguel, quien la interpreta como una forma de clemencia. El autor identifica tres vertientes de la pena natural en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. Este último la conceptualiza como el mal “sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias” (STS 307/2008, de 5 de junio, citada por Ruiz Miguel, p. 08). Dentro de la jurisprudencia, se la encuentra desde su consideración como una *atenuante analógica* en el Código Penal, pasando por su función como mecanismo de compensación posterior de la culpabilidad del autor (p. 07), hasta su negación total como elemento jurídicamente relevante. Ruiz Miguel destaca la consolidación de la idea de que las dilaciones indebidas constituyen una manifestación de la pena natural (STS 1387/2004, de 27 de diciembre), interpretación con la que discrepa (p. 13). El autor sostiene que la clemencia es el concepto que mejor explica la pena natural, en tanto le confiere el necesario carácter de excepcionalidad. “Por lo demás, la clemencia, siendo una virtud más dútil y cálida que la categórica y seca justicia, está en mejores condiciones para dar cuenta de las vacilaciones de nuestra jurisprudencia sobre la pena natural, probablemente coincidentes con las dudas y las diferencias de trato que cualquier persona mantendría ante casos tan heterogéneos entre sí como los que recoge esa figura” (p. 15). RUIZ MIGUEL, A. Gracia y Justicia: El lugar de la clemencia (En torno a la Pena Natural). *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2018.

⁹⁴² ASÚA BATARRITA, A. Causas de exclusión ..., *cit.*, p. 230 e ss.

⁹⁴³ *Idem*, p. 232 e ss.

⁹⁴⁴ Sobre el *agente provocador*, véase nuestro RODRÍGUEZ, V. G. Del agente encubierto en la legislación latino-americana: límites éticos y cambios inevitables. In: RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (Org.). *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI*. 1. ed. Bogotá: Temis obras jurídicas, 2018, p. 45-68.

⁹⁴⁵ ASÚA BATARRITA, A. Causas de exclusión ..., *cit.*, p. 234 e ss.

⁹⁴⁶ *Idem*, p. 237 e ss.

⁹⁴⁷ Díez RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal español. In: SILVA SÁNCHEZ *et al.* (Coord.). *Estudios de Derecho Penal*. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Buenos Aires: BdeF, 2017, p. 523.

⁹⁴⁸ *Idem*, p. 523-524.

Así, en la teoría de Díez Ripollés, los factores "merecimiento" y "necesidad" de pena resultan esenciales para la comprensión del concepto de punibilidad. El autor parte de la premisa de que una persona solo podrá ser objeto de sanción penal si es merecedora y necesariamente responsable de su conducta. El juicio sobre el fundamento de la pena debe ajustarse a los principios de humanidad y proporcionalidad de las sanciones penales. A su vez, el juicio de necesidad debe considerar si la imposición de la pena persigue alguno de los efectos sociales y personales que se consideran legítimos⁹⁴⁹. El juicio de responsabilidad penal y la consecuente decisión de imponer una sanción penal deben formularse en el marco de un proceso penal. Según el autor, la mayoría de los elementos estructurales del proceso penal establecen (a) las condiciones de *verificación de la responsabilidad* penal y (b) la forma de la *reacción* penal. Con todo, algunos elementos procesales pueden justificar o excluir la necesidad de evaluar la responsabilidad penal y la reacción punitiva⁹⁵⁰. Cuando una persona es declarada penalmente responsable y condenada a una pena, queda sujeta a la sanción impuesta. No obstante, la pena debe observar, en su momento, las condiciones de cumplimiento, incluyendo la posible existencia de factores que *eliminen* la necesidad de ejecutar la pena o justifiquen la adopción de una modalidad de cumplimiento distinta⁹⁵¹.

Desde la perspectiva del profesor Díez, dentro del sistema de exigencia de responsabilidad penal y, en particular, dentro del juicio de responsabilidad penal, la punibilidad constituye **la última categoría de la infracción penal**, verificándose solo cuando han sido probadas las categorías previas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En este sentido, la punibilidad se configura como una categoría autónoma de la infracción penal con contenido propio⁹⁵².

Al dotar a la punibilidad de un contenido propio, Díez Ripollés rechaza la idea de que se trate de una mera tautología. No se trata de una simple etiqueta final que se atribuye a conductas que ya han sido calificadas como típicas, antijurídicas y culpables. Si así fuera, las categorías constitutivas de la infracción penal tendrían la única función de determinar los supuestos de responsabilidad de aquellas conductas susceptibles de recibir

⁹⁴⁹ *Idem*, p. 524.

⁹⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad..., *cit.*, p. 524.

⁹⁵¹ *Idem*, p. 524.

⁹⁵² *Idem*, p. 524.

una reacción penal, lo que llevaría a dicha tautología: la punibilidad sería simplemente el reconocimiento de que una conducta es punible⁹⁵³. Si se acepta que el concepto de punibilidad debe incluir elementos propios con relevancia para la estructura de la exigencia de responsabilidad penal, una forma de cuestionar su autonomía sería considerar que estos elementos, en realidad, pertenecen a otra categoría del delito, a los criterios de imposición de la pena, o bien a ambos, dependiendo del caso. Con todo, los elementos de punibilidad expresan un **componente específico del juicio de responsabilidad** que no puede subsumirse en las categorías penales anteriores. Es más, estos elementos se estructuran de tal manera que, en algunos casos, fundamentan esta categoría; en otros, la excluyen o la gradúan. En consecuencia, no puede sostenerse que la punibilidad esté integrada únicamente por elementos que determinan la imposición de la pena o que pertenezcan a la teoría de la pena. La fase de exigencia de responsabilidad penal tiene lugar una vez que se ha cometido la infracción penal y se ha podido formular un juicio de responsabilidad. Incluir estos elementos dentro de los criterios de imposición de la pena implicaría aceptar que los factores habitualmente atribuidos a la punibilidad no aportan contenido alguno al juicio de responsabilidad⁹⁵⁴.

Los elementos previos a la punibilidad tienen como función determinar si el sujeto, por su conducta, es merecedor de un juicio de responsabilidad penal, lo que se materializa en los sucesivos juicios de valor que configuran la infracción penal. En cambio, la punibilidad se encarga de establecer si es necesario emitir un juicio de responsabilidad sobre el sujeto por la conducta realizada. Este juicio de necesidad, dada la estructura analítica de la infracción penal y la relación lógica entre sus distintas categorías, solo puede formularse una vez que se han verificado los elementos de la responsabilidad penal, los cuales son, por definición, anteriores en la secuencia del razonamiento jurídico⁹⁵⁵.

La punibilidad también se distingue de las categorías previas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en su dimensión **axiológica**. En efecto, mientras que las categorías precedentes se fundamentan en principios que establecen valores esenciales para justificar el juicio de *responsabilidad*, la punibilidad introduce una nueva dimensión basada en consideraciones *utilitaristas*. Conviene precisar que los criterios utilitaristas no

⁹⁵³ *Idem*, p. 524-525.

⁹⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad..., *cit.*, p. 525.

⁹⁵⁵ *Idem*, p. 526.

están excluidos en las categorías anteriores; sin embargo, cuando aparecen en ellas, su función es marginal, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la punibilidad, donde desempeñan un papel central⁹⁵⁶. Según Díez Ripollés, *"la categoría de la punibilidad se pregunta si y en qué medida la formulación de un juicio de responsabilidad en el caso concreto sirve a los objetivos perseguidos por la intervención penal, más concretamente por la exigencia de responsabilidad criminal"*⁹⁵⁷. En este sentido, la punibilidad trasciende la cuestión del merecimiento de responsabilidad, planteando el interrogante de si el juicio de responsabilidad penal cumple fines que están insertos en otra dimensión del sistema de exigencia de responsabilidad, o incluso fuera de él. En este marco, la satisfacción de dichos fines hará que el juicio sobre la necesidad de responsabilidad sea afirmativo, mientras que su falta de cumplimiento pondrá en entredicho dicho juicio. Asimismo, el grado en que estos fines se satisfagan puede modular la intensidad de la exigencia de responsabilidad penal⁹⁵⁸.

La categoría de la punibilidad⁹⁵⁹, según el autor, se estructura en torno a tres valores de utilidad: (I) el juicio de responsabilidad por la conducta realizada debe ser *efectivo*, lo que significa que su formulación debe servir al objetivo de cumplimiento de la norma correspondiente o a su aplicación coercitiva en su caso; (II) el juicio de responsabilidad debe ser *eficaz*, es decir, debe contribuir a alcanzar los objetivos perseguidos con la intervención penal, en particular la protección de determinados bienes o intereses, así como respetar los límites impuestos a la responsabilidad penal y a las reacciones punitivas; (III) el juicio de responsabilidad debe ser *eficiente*, lo que ocurre cuando los intereses satisfechos por este juicio superan a los intereses que se dejan de lado con su formulación⁹⁶⁰. La punibilidad introduce así un **componente pragmático** en el juicio de responsabilidad⁹⁶¹. En este sentido, tanto la imposición de una reacción penal

⁹⁵⁶ *Idem*, p. 526.

⁹⁵⁷ *Idem*, p. 526.

⁹⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad..., *cit.*, p. 526.

⁹⁵⁹ El carácter de excusa absolutoria del artículo 288 bis del Código Penal está en GALÁN MUÑOZ, A.; NÚÑEZ CASTAÑO, E. Manual de Derecho Penal Económico y de La Empresa. 5. ed. [s/l]: Editorial Tirant lo Blanch, 2023, p. 179. "La naturaleza de excusa absolutoria de esta prescripción está más allá de toda duda. Obliga al juez penal a eximir la pena de los sujetos de los que habla). Además, usa la locución "delación premiada". También en páginas 285, sobre el 305.6 del CP, y sobre el Fraude de subvenciones. La locución "Delación Premiada" aparece en CASARA, R. R. *El estado post-democrático* [Internet]. [s/l]: Tirant lo Blanch, 2018, p. 145. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/info/9788491900658>.

⁹⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad..., *cit.*, p. 527.

⁹⁶¹ Evidentemente, un juicio pragmático tiende al utilitarismo, pero ello es una tendencia que difícilmente da marcha atrás.

como su ejecución deben estar condicionadas y moduladas por una valoración de utilidad⁹⁶².

La clasificación habitual de los elementos de la punibilidad, como aquí se ha presentado, distingue entre condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias. Según el autor, todos los elementos que integran esta categoría pueden ordenarse formalmente según su función: si actúan como *causas* de punibilidad, si *excluyen* la punibilidad o si la *gradúan*. Además, todos estos elementos remiten a los tres criterios materiales de necesidad para el juicio de responsabilidad: efectividad, eficacia y eficiencia⁹⁶³.

No existen elementos genéricos que justifiquen o excluyan la punibilidad desde una perspectiva utilitarista de la eficacia. No obstante, es razonable atribuir este objetivo a la circunstancia atenuante genérica de la confesión, en la medida en que la eficacia del juicio de responsabilidad se ve favorecida por la conducta del propio autor tras la comisión del delito. En efecto, con su *confesión*, el sujeto facilita la aplicación de la ley y agiliza la tarea de la administración de justicia⁹⁶⁴. Entre los elementos que contribuyen a la eficacia del juicio de responsabilidad, destaca un elemento genérico: la atenuante de *reparación o reducción del daño*⁹⁶⁵.

Los elementos genéricos que inciden en la eficacia del juicio de responsabilidad son aquellos que establecen que no es necesario formular un juicio de responsabilidad penal por la realización de un comportamiento injusto y culpable en el ejercicio de funciones atribuidas a determinadas personas que ocupan cargos institucionales (por ejemplo, jefes de Estado, parlamentarios y personal diplomático). Entre los elementos específicos, se incluye la relación de parentesco en los delitos contra la propiedad, donde el interés en juzgar penalmente al infractor no supera el perjuicio que ello supondría para otros intereses familiares y sociales⁹⁶⁶⁹⁶⁷.

⁹⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad..., *cit.*, p. 527.

⁹⁶³ *Idem*, p. 530-531.

⁹⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad..., *cit.*, p. 532.

⁹⁶⁵ *Idem*, p. 533.

⁹⁶⁶ *Idem*, p. 534.

⁹⁶⁷ También están ahí las inmunidades, como la parlamentaria o la diplomática, que tienen la función de preservar la democracia y las relaciones internacionales. En España, para un dibujo bastante detallado de las ampliaciones y contracciones de la inmunidad parlamentaria, que está en revisión en gran parte de los países occidentales, véase BALLARÍN IRIBARREN, J. La parábola de la Inmunidad Parlamentaria desde la Experiencia de la Comisión de Suplicatorios del Senado. *Revista de las Cortes Generales*, n. 103, Primer Cuatrimestre, 2018, p. 455-481.

La concepción ampliada de Díez Ripollés parece sustentarse en fundamentos sólidos y responder a una consecuencia inevitable: para que la punibilidad supere su carácter fragmentario, resulta necesario, al menos como ejercicio de coherencia intelectual, dotarla de una lógica que abarque y ordene de manera funcional los diversos supuestos en los que opera.

4.11 Conclusión

Sea mediante enfoques menos o más amplios, lo cierto es que la punibilidad constituye el único fundamento dogmático que justifica la reducción de la pena del delator. En términos generales, la delación es un comportamiento posdelictivo positivo que no refleja una menor culpabilidad en el momento de la comisión del hecho, sino que responde a una lógica utilitaria: el Estado, por razones propias, considera que el comportamiento *ex post* del delator motiva el levantamiento o atenuación de la pena, es decir, una anulación o gradación de la punibilidad. Aunque la acción positiva de la delación ocurra con posterioridad al hecho típico, se incorpora en la estructura del delito, dentro de esa última categoría del juicio de responsabilidad.

El hallazgo de una ubicación dogmática precisa para la reducción de la pena no implica, con todo, que los criterios utilitarios del Estado puedan aplicarse sin una estricta coherencia con el sistema de valores de la legislación penal en su conjunto. Por el contrario, su único efecto es contribuir a encontrar fundamentos que legitimen la rebaja de la sanción, ajustar su cuantificación y, al menos, orientar los imprescindibles criterios comparativos. Por esta razón, la punibilidad *per se*, aunque considerada como categoría del delito, no exime el premio al delator de amplios cuestionamientos sobre su legitimidad y, por ende, sobre la necesidad de un estricto control judicial.

Desde una perspectiva ontológica, la punibilidad puede constituir una forma de perdón, aunque parcial, sustentada en razones concretas, como se expondrá en su momento. La más relevante de estas razones es la necesidad de cooperación en el marco de una política criminal orientada al combate de la criminalidad organizada, lo que exige

al Estado recurrir a nuevos instrumentos. Las características contemporáneas del crimen organizado, que fundamentan el recurso a la delación premiada, serán objeto de análisis en el próximo capítulo.⁹⁶⁸

⁹⁶⁸ Véanse capítulos 06 y 07.

CAPÍTULO 05: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

5.1 Introducción

El fenómeno de la criminalidad organizada constituye la esencia misma de la delación premiada. En términos claros, este instituto premial ha tenido, hasta el momento, la función de ser una herramienta eficaz contra la organización criminal, tal como se interpreta en la contemporaneidad. No es imprudente afirmar que esta tesis identificará el vínculo que permite extender el derecho de combate a partir del tipo penal de pertenencia a una organización criminal⁹⁶⁹. Al fin y al cabo, existe una relación de implicación, causa y consecuencia muy directa entre ambos, y resulta difícil concebir la legitimidad de la delación sin considerar un entorno orientado al combate de un tipo de delincuencia diferenciada. Por lo tanto, su carácter instrumental no solo deriva de la necesidad de enfrentar una forma novedosa de subvertir el ordenamiento jurídico, sino que también es interdependiente con esta, ya que existe precisamente a causa de ella, desde el eje Estados Unidos-Latinoamérica hasta Europa. Si, más allá de su finalidad de combatir la delincuencia organizada, la delación comienza a aplicarse a simples partícipes de delitos sin organización ni estabilidad, será necesario cuestionar su validez.

La razón más inmediata para justificar la delación sería que, ante una delincuencia más compleja, es necesario flexibilizar el deber ético, no solo de reprochar al traidor, sino de mantener la ecuanimidad, es decir, conceder una igual punición a hechos delictivos análogos. Así, aquel que comete delitos dentro de una organización criminal debería recibir una pena igual o mayor que otro individuo que comete el ilícito de forma aislada. Afirmar simplemente que el delator es un nuevo aliado del Estado no resulta creíble, como

⁹⁶⁹ Véase, adelante, 8.6.

ya se ha visto, para explicar la rebaja de pena; por tanto, es preciso buscar otras causas para esta flexibilización del *suum cuique tribuere*. Dicha maleabilidad estaría de acuerdo con el carácter excepcional de la excusa absolutoria, pero conlleva otros factores, como los elementos de decisión para determinar a quién se concede la rebaja y en qué medida. En cualquier caso, esto indica que estamos ante un derecho de combate, aunque de polaridad invertida: en lugar de aumentar desproporcionadamente la pena a los enemigos, se rebaja (también desproporcionadamente) a los nuevos enemigos de los enemigos⁹⁷⁰.

Si admitimos ese carácter excepcional y de instrumentalidad, la definición y el conocimiento de lo que constituye la criminalidad organizada se justifican para determinar cuáles serían los requisitos organizacionales que, si se cumplen, establecerían condiciones objetivas para la apertura, incluso, de una negociación (*bargain*) ampliada, en el contexto de lo que se denomina 'justicia negociada' con quienes demuestran deseo de delatar a miembros de organizaciones. Para ello, es necesario avanzar hacia estudios criminológicos que permitan comprender el fenómeno. El objetivo es explicar su diferencia, no solo cuantitativa en relación con el concurso de agentes, sino también *cualitativa*, reflejando un salto en términos de enfrentamiento al Estado y, a partir de ello, los nuevos instrumentos a los que es necesario recurrir para combatir el fenómeno.

Esto, en el sistema interpretativo que se adopta en esta tesis, implica una ampliación del conflicto, que conlleva, simultáneamente, un mayor riesgo y la expectativa de una solución. Dicha solución del embate puede ocurrir ya sea por el colapso de la organización criminal previamente delineada, o bien por compensación: se recurre a un derecho penal más amplio, aunque se sepa que nuevos castigos no implican el fin de la Criminalidad organizada. Aun así, este es el camino hacia la interpersonalización⁹⁷¹ de la pena: se reduce la pena al delator, en una proporción, no directa, al aumento de la pena para otros miembros de la Organización. La eficacia real o meramente simbólica de este instrumento se discutirá en otro apartado: la intención de este capítulo es identificar las

⁹⁷⁰ La frase "enemigos de los enemigos", como forma de alianza estratégica, está tomada del Código de Manú, el cual dice, literalmente, así, en su libro VII, verso 158: "El príncipe debe considerar como enemigo suyo al príncipe que es su vecino inmediato, así como al aliado de este príncipe; y como amigo al vecino de su enemigo." En el original:: "मित्रस्य मित्रं मित्रं भवेत्, शत्रोः च शत्रुः, उदासीनं उदासीनः च शत्रुं च शत्रुः" De la traducción de Willam Jones al inglés y, luego, de Francisco Cifuentes al castellano, disponible en: http://www.elabedul.net/Articulos/leyes_de_manu.php

⁹⁷¹ Véase, atrás, 1.5.3 y, adelante, 8.6.2.

características del fenómeno de la criminalidad organizada, como verdadera causa de una declaración de guerra a la actividad criminal cualitativamente diferenciada.

5.2 Organización criminal: aproximaciones criminológicas

La locución "delincuencia organizada" tiene su polisemia. De hecho, las concepciones amplias de la "delincuencia organizada" no la diferencian adecuadamente de la coautoría, del terrorismo o de una criminalidad sistémica de cuello blanco⁹⁷²⁹⁷³. La delincuencia organizada y el terrorismo comparten al menos el elemento de ser perpetrados por un grupo que no es una entidad estatal⁹⁷⁴ y, además, pueden coincidir en el uso de la violencia con el objetivo de causar impactos psicosociales⁹⁷⁵. En cuanto a la similitud entre la criminalidad de los poderosos y el crimen organizado, es importante señalar que empresas legítimas pueden adoptar prácticas ilegales, en gran medida como medio de asegurarse en el mercado, aunque no necesariamente resulten lucrativas, lo que no supondría crimen organizado⁹⁷⁶. Si bien es cierto que Edwin Sutherland señaló hace décadas la existencia de la figura del *ladrón profesional*, cuya interacción con sus iguales es similar a la de las "reuniones de negocios"⁹⁷⁷, de manera inversa Dorado Montero

⁹⁷² "la delincuencia terrorista está estrechamente ligada a la asunción de una determinada ideología de forma que, una vez rechazada esta, el sujeto ya no es peligroso. En realidad lo que se premia es esa opción ideológica; parece que no interesan tanto los hechos realizados como que el sujeto siga o no siendo un terrorista". FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 296.

⁹⁷³ FIJNAUT, C. Searching for Organized Crime in History. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 54.

⁹⁷⁴ HOFFMAN, B. *Inside terrorism*. New York: Columbia University Press, 2006, p. 48.

⁹⁷⁵ Cf. SALGADO, A. B. B.; MACRI JÚNIOR, J. R. Terrorismo: perspectivas políticas e psicanalíticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 149. 2018, p. 330 e ss.

⁹⁷⁶ En este sentido, Sutherland dijo: "[A] restrição de comércio é um crime contra outros empresários e contra os consumidores. [...] As grandes empresas, por meio da restrição de comércio e outras práticas ilegais, tem sido os principais subversivos porque seus comportamentos, independentemente de suas intenções, têm minado e modificado profundamente as instituições econômicas e políticas dos EUA". SUTHERLAND, E. H. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Traducción: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, p. 147.

⁹⁷⁷ "Professional stealing as a business is much like any other business. The conversation among thieves in a police station, prison, or hangout is concerned principally with their business, and it is no different in that in that respect from the conversation of monument salesman in their meetings. Business possibilities, conditions, and returns are the foremost subjects of conversation, and just as the salesman learns of fertile territory, new methods, new laws which affect the business, so does the thief. [...] It involves as much hard work as any other business. There is little thrill about it. While a job is being pulled off, there is a tense and emotional situation, and the work cannot be routine. From the start of the actual mechanics of taking off a score until it is completed, the thief is under a strain caused by suspicion, fear of tumble (not an arrest), saying the right thing at the right time, thought of whether his partners will perform properly, retention of composure, appearance of nonchalance, hard thinking and other things. These are parts of a series of actions which culminate in a touch being taken off or blowed. It is no more thrilling than the work of the

afirmaba: “Yo pienso muchas veces en las llamadas asociaciones de malhechores, y veo en ellas una imagen de cualquiera otra asociación de las llamadas lícitas, y principalmente del Estado, la sociedad justa por excelencia, encargada precisamente, según se dice, de implantar en la vida el reinado del Derecho”⁹⁷⁸⁹⁷⁹. Como primer peldaño para distinguir la criminalidad organizada, es necesario diferenciar entre los grupos que se dedican parcial o totalmente a la actividad criminal, pero este análisis se abordará en otro momento.⁹⁸⁰

El concepto de delincuencia organizada ha sido utilizado —con indudable éxito en el discurso político⁹⁸¹ — para señalar distintos fenómenos considerados como graves⁹⁸² problemas sociales. Sin embargo, a pesar de su atractivo político, el hecho de que diferentes actores y actividades puedan quedar englobados en este “concepto paraguas”⁹⁸³ dificulta su comprensión en el ámbito del derecho penal.

La amplitud del concepto de delincuencia organizada, según Paoli y Vander Beken, ha llevado a que en Estados Unidos el término “organized crime” se ancle alternativamente en el “**what**” o en el “**who**”. Es decir, el núcleo del concepto ha oscilado históricamente entre dos enfoques: (I) organizaciones ilegales en sí mismas, o cuyos

factory slave; in both there may be a feeling of work well done when it is over, but this is different from the thrill of a horse race”. SUTHERLAND, E. H. *The professional thief*. Annotated and Interpreted by Edwin H. Sutherland. Chicago: The University of Chicago Press, 1937, p. 140.

⁹⁷⁸ DORADO MONTERO, P. *El derecho protector de los Criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 33.

⁹⁷⁹ Locke ya analizaba los vínculos morales entre delincuentes, sosteniendo una postura completamente opuesta: “La justicia y la fidelidad son los vínculos comunes de la sociedad, y por esa razón hasta los forajidos y los ladrones, que han roto con todo el resto del mundo, tienen que guardar la palabra y observar entre sí reglas de equidad, pues de lo contrario no podrán mantenerse unidos. Pero, ¿habrá alguien que ose decir que quienes viven del fraude y de la rapiña tienen principios innatos de fidelidad y de justicia que aceptan y consienten?” LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento...* cit. p. 41.

⁹⁸⁰ Quizá la diferencia más llamativa entre la delincuencia organizada y la delincuencia de cuello blanco sea que los miembros de la primera están dispuestos a utilizar la violencia y las técnicas de intimidación contra sus desertores, contra los particulares y contra las autoridades. Es lo que afirma Cyrille Fijnaut, en FIJNAUT, C. *Searching for Organized Crime in History*, cit., p. 54. Ello es lo que plantea Dorado Montero, y que intentaremos imponer al final: los grupos organizados criminales necesitan reglas éticas internas mucho más duras que el Estado, con lo cual la traición puede ser considerada un sacrificio personal más valioso. El problema es saber si el Estado puede hacerlo.

⁹⁸¹ Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, n. 7-1. 2005, *passim*.

⁹⁸² PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. *Organized Crime. A Contested Concept*. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 13.

⁹⁸³ *Idem*, p. 13.

miembros cometen delitos sistemáticamente; (II) conjunto de actividades delictivas graves llevadas a cabo por su potencial beneficio económico⁹⁸⁴.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en Estados Unidos se abandonó gradualmente la concepción de la delincuencia organizada como un conjunto de actividades delictivas con frecuente participación de representantes del Gobierno y conexiones con negocios legítimos. A finales de los años cuarenta, el problema de la delincuencia organizada comenzó a analizarse desde la perspectiva de **bandas delictivas extranjeras**⁹⁸⁵, que constituirían organizaciones criminales poderosas y bien estructuradas, capaces de poner en peligro la integridad de la sociedad y la política estadounidenses. Los críticos de esta concepción la denominaron "*alien conspiracy*"⁹⁸⁶. Esta perspectiva no fue desarrollada por científicos, sino por políticos en el contexto de un debate público. La pieza central de esta trama sería la mafia italoamericana. La implicación de ciudadanos estadounidenses de ascendencia italiana estaba bien documentada desde la Gran Depresión. Tras unas audiencias públicas televisadas a escala nacional, el Comité Kefauver⁹⁸⁷ concluyó que el crimen organizado en Estados Unidos

⁹⁸⁴ "Depending on time and place, some authors as well as national and international policy and law enforcement agencies have emphasized the 'Who', that is, the individual offenders and their variable partnerships, whereas others have given more relevance to the 'What', that is, the criminal activities conducted". PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. *Organized Crime ...*, cit., p. 14.

⁹⁸⁵ Aunque se ha superado la idea de que la delincuencia organizada es una amenaza exterior, el estudio de las 'carreras' delictivas dentro de la delincuencia organizada ha puesto de manifiesto varias peculiaridades entre la trayectoria vital de un delincuente que comete delitos callejeros y la de un miembro de una organización delictiva. En este sentido, Kleemans señala: "[...] Several reasons are advanced why criminal careers in organized crime may be different from high-volume crime. Various crimes, such as property crime and violent crime, are simply open to everyone. Yet, the situation is somewhat more complex in organized crime, in particular in cases of cross-border crime, or 'transit crime'. [...] The **first distinct feature** is the greater importance of social relations in organized crime, providing access to suppliers, co-offenders, and profitable criminal opportunities. As more co-offenders are generally required for the successful commission of these crimes, seeking and finding suitable co-offenders is important. [...] Reliance on co-offenders from within one's own social circle is not always sufficient as they may not possess the necessary capabilities. Contacts with the legal world are also salient for transport, money transactions, and shielding activities from the authorities. Trust is also important as the financial stakes are high and the rules and mechanisms that make transactions in the legal world so much easier are absent. [...] The **second distinct feature** of organized crime is the transnational character of many of these criminal activities. Many types of organized crime are based on international smuggling activities. Not all offenders have access to these transnational contacts and some only later on in life. A **third common feature** is that the crimes committed are logistically considerably more complex than high-volume crime. [...]". KLEEMANS, E. R. *Theoretical Perspectives on Organized Crime*. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 43.

⁹⁸⁶ PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. *Organized Crime...*, cit., p.16.

⁹⁸⁷ "In 1949 the American Municipal Association, representing more than 10,000 cities nationwide, petitioned the federal government to combat the growing influence of organized crime. First-term senator Estes Kefauver of Tennessee drafted a resolution to create a special committee to investigate the issue. The Commerce and Judiciary Committees battled to control the investigation, and following a protracted debate, Vice President Alben Barkley cast the tie-breaking vote to establish a special committee". Disponível em < <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/investigations/kefauver.htm> > acesso em 04 jul. 2023.

estaba en gran medida bajo el control de una trama extranjera conocida como la "Mafia". Se asumía, por tanto, que los inmigrantes italianos, en las oleadas migratorias de finales del siglo XIX, trajeron de Europa el problema de la delincuencia organizada. Este problema importado amenazaba a las sociedades democráticas, como la estadounidense, a través de la violencia y la corrupción de sus instituciones. En consecuencia, se consideraba que la delincuencia organizada no formaba parte intrínseca de la sociedad ni se derivaba de su configuración; al contrario, era una lacra introducida por los "outsiders"⁹⁸⁸. Esta visión mafiosa ha seguido dominando la percepción pública del problema, y no solo en Estados Unidos. De hecho, desde la década de 1960, ha habido una intensa producción cultural sobre la Mafia, cuyo máximo exponente es "El Padrino" en cine y literatura, así como obras basadas en hechos reales, como la dramatización de Scorsese de los "Valachi Papers"⁹⁸⁹⁹⁹⁰. Estas producciones han moldeado la comprensión general del crimen organizado de tal manera que, incluso hoy, muchos creen que la mafia italoamericana —considerada el crimen organizado por excelencia— es y se comporta exactamente como se retrata en estas obras ⁹⁹¹.

A pesar de la atracción del público por el ángulo de la trama extranjera, la atención de los científicos ha pasado progresivamente de centrarse en el autor de la delincuencia organizada ("**who**") a comprender qué actividades constituyen este fenómeno delictivo ("**what**"). Se empezó a estudiar el suministro de productos y servicios ilegales, el aspecto más visible y menos controvertido de la delincuencia organizada. Los estudiosos incluso han sustituido la expresión "delincuencia organizada", con carga étnica, por "*illegal enterprise*". De este modo, la participación en "mercados criminales" se convierte en un

⁹⁸⁸ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 33.

⁹⁸⁹ La mafia fue revelada al público por delatores. Por ejemplo, el libro sobre Joe Valachi, *The Valachi Papers*, revelaba los recuerdos del criminal sobre el cotidiano. MAAS, P. *The Valachi Papers*. New York: Harper Collins Publisher, 2003 (orig. 1968).

⁹⁹⁰ Lucky Luciano colaboró con la marina americana, concediendo información para la llamada Operación Husky, que tenía como objetivo la invasión de Sicilia. Segundo Raab, "Before the July 1943 Allied invasion of Sicily, Luciano's Mob helpers found several Sicilians who aided Naval Intelligence in preparing maps of Sicilian harbors, and digging up old snapshots of the island's coastline. Press reports after the war that Luciano had managed to contact and instruct Sicilian Mafia leaders to assist in the invasion were absurd fabrications". RAAB, S. *Five families: the rise, decline and resurgence of America's most powerful Mafia Empires*. New York: T. Dunne Books, 2016, p. 78. Esos hechos están documentados también en otras obras. Véase: CAMPBELL, R. *The Luciano Project: The Secret Wartime Collaboration of the Mafia and the U.S. Navy*. New York: MW Books, 1977. También: NEWARK, T. *Mafia Allies: The True Story of America's Secret Alliance with the Mob in World War II*. Saint Paul: Zenith Press, 2007. También: CIPOLLINI, C. *Lucky Luciano: Mysterious Tales of a Gangland Legend*. New York: Strategic Media Books (Kindle), 2014.

⁹⁹¹ PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. Organized Crime..., *cit.*, p. 17.

requisito casi universal para caracterizar la delincuencia organizada, tanto en el discurso científico como en el gubernamental⁹⁹².

Según Paoli y Vander Beken, en Europa, España - donde la delincuencia organizada suele considerarse sinónimo de terrorismo - e Italia son excepciones, ya que han mantenido el concepto de delincuencia organizada fuertemente vinculado a la noción de organización criminal, el *who*. Desde los años setenta, los debates científicos y políticos sobre la delincuencia organizada en Europa se han desarrollado desde la perspectiva del enfoque de la empresa ilegal (*illegal enterprise approach*), el emprendimiento llevado a cabo a lo largo del tiempo, con el objetivo de obtener inmensas sumas de dinero⁹⁹³.

Dada la imprecisión conceptual y la mutabilidad histórica y políticamente condicionada del fenómeno, sería muy difícil hacer una historiografía suficientemente completa de la delincuencia organizada. No obstante, Fijnaut, tras estudiar la evolución de las organizaciones criminales en diversas partes del mundo, afirma que existen algunas conclusiones generales sobre el fenómeno. Según el autor, la delincuencia organizada tiende a fortalecerse en comunidades divididas y conflictivas donde el gobierno es débil y/o corrupto. De este modo, unos gobiernos fuertes - y, en la medida de lo posible, incorruptibles - podrían eliminar, o al menos reducir significativamente, el poder de la delincuencia organizada⁹⁹⁴.

⁹⁹² *Idem*, p. 18.

⁹⁹³ PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. *Organized Crime...*, *cit.*, p. 20. En la página 21, los autores añaden: “The loose understanding of organized crime in terms of profit-making criminal activities has allowed organized crime to become a successful policy term even in European countries that had no mafia problems. Concern for organized crime first spread in the late 1980s to Germany and the Netherlands and then, to various degrees, to other European states [...]. Given its vagueness and elasticity, the term *organized crime* could be used to express the fear that the Italian mafia groups could invade the rest of Europe—a fear that reached its peak in the early 1990s after the murders of Judges Falcone and Borsellino by the Sicilian Cosa Nostra—but also refer to profit-making criminal activities and entrepreneurs close to home or to the real and imagined threats coming from the East after the 1989 fall of the Iron Curtain and the 1991 implosion of the Soviet Union”. Y, en la página 23, alertan que: “The policy definitions of organized crime have been so watered down that policymakers and law enforcement officials seem to assume, at least implicitly, that all offenders engaging in profit-making criminal activities fulfill the definitional requirements and thus belong to organized crime”.

⁹⁹⁴ FIJNAUT, C. Searching for Organized Crime in History. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 87. La observación de Fijnaut se acerca mucho a las ideas expuestas por Hobsbawm cuando estudió el fenómeno del bandolerismo. Según Hobsbawm, un bandido es, por definición, alguien que se resiste a obedecer al poder político. Por lo tanto, no existe bandolerismo fuera de los órdenes socioeconómicos y políticos que hay que desafiar. La concentración de poder en el Estado territorial moderno “acabou por eliminar o banditismo rural, endêmico ou epidêmico. No fim do século XX parece que essa situação talvez esteja para terminar, e as consequências dessa regressão do poder do Estado ainda não podem ser previstas”. HOBBSAWM, E. *Bandidos*. Traducción: Donaldson M.

No se puede ignorar que, además de la imprecisión de la conceptualización, el estudio del fenómeno de la "delincuencia organizada" se enfrenta a graves problemas metodológicos. En primer lugar, están las dificultades de trabajar con los llamados datos oficiales. La categoría de datos oficiales incluye registros estadísticos, informes periódicos sobre delincuencia organizada, transcripciones de comisiones gubernamentales y parlamentarias, encuestas oficiales, transcripciones de juicios, actas procesales, bases de datos de diversos organismos que se ocupan de la seguridad pública, entre otros. Eventualmente, las entrevistas con funcionarios públicos vinculados a la aplicación de la ley penal también se consideran datos oficiales⁹⁹⁵. La interacción entre el investigador y los agentes de la ley es fundamental en un campo en el que muchos datos son controlados y, en consecuencia, filtrados por organismos estatales. Sin embargo, esta interacción con el "*law enforcement project*" ya pone en jaque la facultad crítica del investigador. De hecho, dado que la "delincuencia organizada" es un concepto político que sirve a diversos intereses estatales, no se pueden ignorar las implicaciones metodológicas que se derivan de la complejidad de esta relación entre el mundo académico y las fuerzas del orden. De hecho, para los agentes públicos de la seguridad, esta complejidad se supera pragmáticamente presentando la actividad delictiva en forma de casos contruidos con la perspectiva de que, cuando se presenten ante los tribunales, den lugar a condenas. De este modo, la información que se ofrece al académico está "encriptada", es decir, los datos se presentan basándose en la interpretación de los organismos estatales de control⁹⁹⁶.

Los datos oficiales son, pues, el resultado de las actividades llevadas a cabo por las fuerzas del orden. Por lo tanto, más allá del filtro de la perspectiva interesada, hay que tener en cuenta que los resultados de las actividades varían en función de las limitaciones presupuestarias, la competencia de los agentes, las prioridades organizativas y las prioridades políticas más generales. Los datos que llegan a los investigadores, por tanto, probablemente dejan fuera detalles irrelevantes en términos del objetivo de la futura sentencia penal, como evidencias de incompetencia o error ocasional de los agentes, fallos organizativos, prácticas éticas y normativamente reprobables ignoradas por los organismos

Garschagen. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 21 e ss. A propósito das relações (muitas vezes, espúrias) entre Estado e crime organizado, ver: MINGARDI, G. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

⁹⁹⁵ HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A. How to Research Organized Crime. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 98.

⁹⁹⁶ *Idem*, p. 99.

de control en favor de los agentes etc. Del mismo modo, se excluirán los documentos sobre, por ejemplo, la relación entre el acusado y personas no vinculadas a las particularidades del caso, o cuya relevancia para la pretensión del Estado sea marginal, no verificada o improbable, así como los datos sobre delincuentes que tuvieron la oportunidad de negociar su condena a cambio de información⁹⁹⁷. De hecho, la construcción de un caso es un recurso retórico que tiene la función de representar una fachada de competencia por parte de los distintos miembros del sistema de justicia penal. Por otra parte, este rasgo presenta al acusado como culpable, reduciéndolo a su conducta punible. En el contexto de la delincuencia organizada, esta proyección limita la comprensión de la identidad del individuo, que se considera unidimensional, alimentando la noción de que es miembro de un submundo formado exclusivamente por personas desviadas movidas por intereses económicos, ignorando así su inserción en un contexto cultural más amplio⁹⁹⁸.

La investigación llevada a cabo mediante el estudio de archivos permite a los académicos analizar datos desde una perspectiva histórica sin apenas riesgo personal. De hecho, la investigación realizada mediante el estudio de archivos y documentos históricos demuestra que la delincuencia sólo puede entenderse comprendiendo el contexto socioeconómico en el que se manifiesta. Además, la investigación histórica -realizada mediante la consulta de informes judiciales y policiales, folletos, productos culturales, memorias, biografías y otras fuentes - pone de manifiesto una vez más que el concepto de "delincuencia organizada" siempre ha sido bastante maleable⁹⁹⁹¹⁰⁰⁰. Sin embargo, a pesar de las ventajas de la perspectiva histórica y de la ausencia de riesgo personal, hay

⁹⁹⁷ *Idem*, p. 99.

⁹⁹⁸ HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A. *How to Research...*, *cit.*, p. 99. En cuanto a los documentos como forma de investigación, vale la pena recordar las palabras de Bryman: "An issue that has attracted attention only relatively recently and that has implications for the interpretation of documents [...] is that of the status of documents. It is clearly tempting to assume that documents reveal something about an underlying social reality, so that the documents that an organization generates (minutes of meetings, newsletters, mission statements, job definitions, and so on) are viewed as representations of the reality of that organization. In other words, we might take the view that such documents tell us something about what goes on in that organization and will help us to uncover such things as its culture or ethos. According to such a view, documents are windows onto social and organizational realities. However, some writers have expressed scepticism about the extent to which documents can be viewed in these terms. Rather than view documents as ways of gaining access to an underlying reality, writers [...] argue that documents should be viewed as a distinct level of 'reality' in their own right". BRYMAN, A. *Social Research Methods*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 554.

⁹⁹⁹ HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A. *How to Research...*, *cit.*, p. 102.

¹⁰⁰⁰ En Latinoamérica, no es nada difícil detectar que existe una guerra entre civilización y barbarie, que pone el individuo campesino o indígena como alguien que siempre está rozando los límites de la delincuencia.

que reconocer que las fuentes consultadas no estaban concebidas originalmente para reconstruir los rasgos organizativos y culturales de la criminalidad. Por consiguiente, las fuentes no proporcionan información neutra sobre las actividades relacionadas con la delincuencia organizada, sino que son producto del entorno político, económico, social y administrativo, así como de los actos y agentes que intervienen en la producción de dichas fuentes. Así, los archivos de la justicia penal **no retratarían adecuadamente la criminalidad de la élite**, es decir, de las clases más adineradas¹⁰⁰¹. Además, muchas fuentes, en cierta medida, idealizan o dan glamour a los (grupos) delictivos, especialmente si son "artefactos de la cultura popular". Por último, se reconoce que las fuentes históricas plantean cuestiones de interés científico - como la autenticidad, la credibilidad, la representatividad y la significación - sobre el valor de los datos obtenidos¹⁰⁰².

El método de investigación *etnográfica* requiere inmersión en el terreno, inversión emocional y aptitudes que permitan al investigador adaptarse al entorno cultural investigado. Por lo tanto, el investigador debe ser consciente de la influencia de las variables sociales - como la etnia, la clase social, la edad, el sexo, los contactos personales, la familiaridad lingüística, etc. - en su estudio¹⁰⁰³. En cuanto a la validez de la investigación etnográfica en el contexto del estudio de la delincuencia organizada, no hay garantía de que la información proporcionada sea una representación exacta de las actividades y conexiones entre los diversos actores observados. De hecho, no se puede ignorar la posibilidad de inexactitudes en la memoria, la exageración de algunos informes y la ocultación de información sensible¹⁰⁰⁴. Los participantes pueden informar de lo que

¹⁰⁰¹ No se pueden ignorar algunas limitaciones de las fuentes históricas para comprender mejor la criminalidad del pasado. En este sentido, véase: TOBIAS, J. *Crime and industrial society in the nineteenth century*. Harmondsworth: Penguins Books, 1967, p. 14 e ss. Radbruch y Gwinner, al presentar el concepto de criminología histórica, ya señalaron que carecía de la ayuda más importante con que cuenta hoy la Criminología: las estadísticas criminales. Los datos del pasado presentan serias limitaciones, entre ellas la cifra oculta, presumiblemente elevada dadas las deficiencias policiales del pasado, que es mayor y más variable que en la actualidad. Los relatos de la época, a su vez, tienden a centrarse en las "causas famosas", como hacía Feuerbach, es decir, en delitos sensacionales y poco frecuentes. La criminología histórica, sin embargo, se interesa sobre todo por los delitos frecuentes y típicos de la época. No obstante, los registros de antaño, junto con los casos "terroríficos", muestran "frecuencias repentinas" de nuevos delitos, y son precisamente éstos los que revisten mayor importancia para la criminología histórica. RADBRUCH, G.; GWINNER, H. *Historia de la criminalidad*. Ensayo de una Criminología histórica. Traducción: Rodrigo Tech de Huidobro. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 10.

¹⁰⁰² HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A. How to Research..., *cit.*, p. 103-104.

¹⁰⁰³ *Idem*, p. 107.

¹⁰⁰⁴ Véase la recurrencia de estas preguntas en: GLENNY, Misha. *O dono do morro*. Um homem e a batalha pelo Rio. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. En una línea similar, en un trabajo etnográfico clásico, Shaw señalaba: "It should be pointed out, also, that the validity and value of the personal document are not dependent upon its objectivity or veracity. It is not expected that the delinquent will necessarily describe his life-situations objectively. On the contrary, it is desired that his story will reflect his own personal attitudes and interpretations, for it is just these personal factors which

creen que el investigador quiere oír. Por último, la inmersión en el terreno puede nublar la percepción del investigador, poniendo en peligro la objetividad científica de su análisis¹⁰⁰⁵.

Ante las dificultades conceptuales y empíricas que plantea el estudio del fenómeno de la "delincuencia organizada", los investigadores subrayan la importancia de novedosas perspectivas teóricas para comprender el objeto de estudio. El conocimiento es provisional y conjetural, por lo que el progreso de la ciencia está ligado a la continua interacción entre teoría y empirismo¹⁰⁰⁶. En el ámbito de los estudios sobre la delincuencia organizada, sin embargo, se debe reconocer el problema básico de las perspectivas teóricas poco desarrolladas. En efecto, como ya se ha señalado, el fenómeno empírico estudiado, por falta de definición, supone focos de análisis variados: el control de grupos sobre determinados territorios; actividades ilegales transnacionales, como el tráfico de drogas o de seres humanos; mercados ilegales locales, como el control de las apuestas clandestinas¹⁰⁰⁷. Por concretar el tema, la **discusión Latinoamericana de organización criminal** pasa por grandes grupos casi exclusivamente narcotraficantes, por grupos armados revolucionarios, por grupos narcotraficantes que se dedican a robos urbanos, grupos rurales de producción de droga y trabajo esclavo, redes de trata de niños y adolescentes para turismo sexual infantil, corrupción específicamente policial, corrupción política con contratos públicos, intervención en el sistema democrático por manipulación de elecciones, además de la criminalidad corporativa, con trabajo esclavo en fincas, o minerías. Todo ello, que no son más que ejemplificación, conllevan una

are so important in the study and treatment of the case. Thus, rationalizations, fabrications, prejudices, exaggerations are quite as valuable as objective descriptions, provided, of course, that these reactions be properly identified and classified". SHAW, C. R. *The Jack-Roller: a delinquent boy's own story*. Chicago: The University of Chicago Press, 1966, p. 2-3.

¹⁰⁰⁵ HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A. *How to Research ...*, cit., p. 107. Nesse sentido, Bryman esclarecía: "The ethnographer is part insider, since he or she is a participant in the social world that is the object of investigation; and part outsider, since, although prior frameworks are to be eschewed in favour of contaminating the field observation as little as possible, the results of the fieldwork must be transmitted to professional (and other) audiences and thereby interpreted in the context of frameworks that bestow credibility on the fieldwork". BRYMAN, A. Introduction: A Review on Ethnography. In: BRYMAN, A. (Ed.). *Ethnography*. v. I. London: SAGE Publications, 2001, p. X.

¹⁰⁰⁶ "More importantly, philosophers of science seek to clarify what it is exactly about a theory that enables it to do the scientific work it does—explaining a large number of empirical regularities, and their exceptions, and enabling us to predict outcomes to greater degrees of precision than the individual laws which the theory subsumes". ROSENBERG, A. *Philosophy of Science: A contemporary introduction*. 3. ed. New York: Routledge, 2012, p. 122.

¹⁰⁰⁷ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives on Organized Crime. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 32.

multiplicidad de objeto difícil de abordar en derecho penal.¹⁰⁰⁸. Así que son necesarios avances criminológicos para, al menos, describir el problema con algún rigor.

Según Kleemans, estos avances pueden producirse de cuatro maneras. En primer lugar, están los intentos de desarrollar teorías integrales sobre la delincuencia. Sin embargo, estas teorías no suelen abordar el tema de la "delincuencia organizada", probablemente debido a la percepción de que ninguna teoría podría abarcar la diversidad de grupos y actividades ilícitas incluidas bajo esta etiqueta. Una segunda vía para los avances teóricos sería señalar "problemas de conocimiento" para los cuales las perspectivas teóricas existentes no ofrecen respuestas adecuadas. Una tercera posibilidad consiste en transponer teorías de otras disciplinas, siempre que exista cierta similitud en los objetos de estudio. Sería el caso, por ejemplo, de utilizar teorías económicas, políticas o psicológicas para comprender la delincuencia. La transposición tiene la ventaja de que las teorías recibidas ya cuentan con una historia en otra disciplina, al haber sido desarrolladas en su propio campo de investigación. Por otro lado, esta transposición teórica presenta la limitación de que las construcciones tienden a representar la realidad de forma unidimensional, explicando todas las actividades como "actividades económicas" o considerando todos los comportamientos como manifestaciones de las peculiaridades de los agentes estudiados. Por estas razones, se preferiría una cuarta forma de avance teórico, menos ambiciosa y más pragmática: la interacción constante entre teoría e investigación empírica. De hecho, la historia de la investigación sobre la "delincuencia organizada" se caracteriza por la oscilación entre el desarrollo teórico y su confrontación con la investigación empírica¹⁰⁰⁹. Las perspectivas teóricas más importantes en la historia de la investigación sobre la delincuencia organizada son, de momento, cinco: *Bureaucracy Model*; *Illegal Enterprise*; *Protection Theory*; *Criminal Networks*; *Logistic or Situational Approach toward Organized Crime*. Se presentarán a continuación.

(1) El modelo burocrático (*Bureaucracy Model*) de la delincuencia organizada se hizo famoso en los años sesenta, especialmente debido a la amplia cobertura mediática

¹⁰⁰⁸ “Quando um cientista pode considerar um paradigma como certo, não tem mais necessidade, nos seus trabalhos mais importantes, de tentar construir seu campo de estudos começando pelos primeiros princípios e justificando o uso de cada conceito introduzido. Isso pode ser deixado para os autores de manuais”. KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Traducción: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 83.

¹⁰⁰⁹ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 48.

de los comités del Senado estadounidense. Según este modelo, la delincuencia organizada se describe como una organización burocrática más formal o menos formal: cargos jerárquicos bien definidos, una clara división de tareas, códigos de conducta y diversas sanciones. La delincuencia organizada, como su nombre indica, es una organización con características específicas. Esta concepción de la delincuencia organizada se ha hecho bastante popular, tanto en los círculos de la justicia penal como en el debate público-mediático, en el que son muy frecuentes¹⁰¹⁰ las referencias a padrinos (*godfathers*) y lugartenientes/soldados. Sin embargo, una mirada más amplia muestra que el modelo burocrático, para muchas organizaciones y diversas actividades ilícitas, es la excepción, no la regla. Además, el concepto ha ido cayendo gradualmente en desgracia con la realidad empírica¹⁰¹¹.

(2) El modelo de empresa ilegal (*Illegal Enterprise*) se basa en las similitudes entre las actividades (empresariales) legales e ilegales. El delincuente es visto como un empresario normal, es decir, racional y orientado a la búsqueda de beneficios; esta búsqueda se lleva a cabo a través de actividades que, aunque ilegales, se rigen por las leyes económicas de la oferta y la demanda, al igual que las actividades lucrativas permitidas por ley. De hecho, varios productos y servicios han sido penalizados por el Estado - como el suministro de drogas, la (explotación de la) prostitución, la usura -, pero, a pesar de la prohibición, siguen siendo buscados por la población. Según los economistas, las restricciones a la oferta no erradican la demanda; pueden alterar las condiciones del mercado en el que se desarrolla la empresa ilícita¹⁰¹².

(3) La Teoría de la Protección (*Protection Theory*) se basa principalmente en el control de la Mafia sobre determinados territorios (la Mafia siciliana, por ejemplo), así como en su dominio de ciertas actividades legales, como la construcción¹⁰¹³. Los grupos

¹⁰¹⁰ *Idem*, p. 34.

¹⁰¹¹ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 34.

¹⁰¹² KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 35. Nesse sentido, vale lembrar as palavras de Donald Dripps: "Almost any activity can be made harmful by making it criminal. Suppose the government banned coffee, or blue jeans, or chess. Soon enough underground coffee bars, denim markets, and chess clubs would come into existence. Their operators would bribe the police and feud with each other. They would need resort to private violence to enforce their contracts. Soon coffee would be adulterated with God knows what while underground denim factories exploited workers in unsafe conditions. Chess addicts would turn to crime to pay the high fees charged by underground club operators. Logically, the harm principle should be applied ex ante the decision to punish, not ex post. But in practice there is a strong temptation to perform the analysis the other way around, especially when the issue is the repeal, rather than the adoption, of criminal penalties". DRIPPS, D. A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 17, 1998, p. 10.

¹⁰¹³ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 36.

mafiosos funcionan como "gobiernos alternativos", aumentando gradualmente su poder al dominar dos actividades tradicionalmente realizadas de forma monopolística por el Estado: el uso de la violencia y la "fiscalidad". Tradicionalmente, esta forma de dominación se asocia a la existencia de Estados frágiles ¹⁰¹⁴ (legítimos). De hecho, una interpretación de este modelo es que la delincuencia organizada presta un servicio (protección/seguridad) que no proporciona el Estado. En otras palabras, en ausencia de un Estado legítimo y de la protección que éste debería proporcionar, el crimen organizado asume el papel de garantizar la seguridad de la propiedad privada y de las transacciones económicas. De este modo, los grupos mafiosos responden en la práctica a una demanda de protección privada prestando el servicio requerido ¹⁰¹⁵. Sin embargo, un aspecto débil de la *teoría de la protección* es la deficiencia de la analogía entre la mafia y el Estado: este último, en principio, no garantiza las transacciones ilegales en los mercados ilegales ni en los mercados legales. Además, la realidad empírica de la extorsión, la violencia y el asesinato pone en entredicho la interpretación de que la delincuencia organizada se limita a suplir la demanda de protección privada, dada la falta de seguridad pública. Tales conductas no revelan un comportamiento orientado al mercado, sino el abuso de la oportunidad y del poder ¹⁰¹⁶.

(4) La teoría de las redes delictivas (*Criminal Networks*) entiende que la delincuencia organizada no opera en un "vacío social"; al contrario, interactúa con su entorno comunitario. Por consiguiente, no se pueden ignorar los vínculos y las interacciones sociales si se quiere comprender adecuadamente el fenómeno de la delincuencia organizada ¹⁰¹⁷. Los vínculos sociales son especialmente importantes si se tiene en cuenta que los delincuentes, debido a la naturaleza de sus actividades, operan en un entorno hostil e incierto. En efecto, la ilegalidad implica la ausencia de tutela del Estado en caso de incumplimiento de los acuerdos; además, las negociaciones deben ser clandestinas, existe un riesgo constante de detención y de que los bienes y valores obtenidos sean confiscados en cualquier momento ¹⁰¹⁸. De este modo, en un entorno en el que las posibilidades de obtener grandes beneficios van acompañadas de una falta de

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 36.

¹⁰¹⁵ KLEEMANS, E. R. *Theoretical Perspectives ...*, *cit.*, p. 36.

¹⁰¹⁶ *Idem*, p. 37.

¹⁰¹⁷ *Idem*, p. 37-38.

¹⁰¹⁸ La política criminal moderna tiende a hacer hincapié en el riesgo de confiscación de bienes y valores para, en la medida de lo posible, reparar los daños causados por la actividad delictiva. En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El patrimonio criminal*. Comiso y pérdida de la ganancia. Madrid: Dykinson, 2001, *passim*.

mecanismos formales de resolución de conflictos, la cooperación en el seno de la delincuencia organizada es difícil y prevalece un escenario de falta de confianza entre los agentes¹⁰¹⁹.

El proceso, en ese modelo, de formación de vínculos sociales entre delincuentes no es muy diferente del que se produce entre no delincuentes. La proximidad, las actividades cotidianas comunes, las distancias sociales y geográficas más cortas son algunos de los factores que crean conexiones entre los individuos¹⁰²⁰. Esto produce agrupaciones de personas basadas, por ejemplo, en la proximidad física, la etnia, la educación, la edad, etc. Estas agrupaciones también se dan entre delincuentes: compartir un barrio de la infancia, pertenecer a la misma etnia, en definitiva, tener un *background* común puede ser un factor de creación de vínculos sociales entre delincuentes¹⁰²¹.

En cierta medida, la teoría de las asociaciones delictivas representa un avance científico respecto al modelo burocrático. La cuestión ya no es "quién manda": ahora se trata de identificar los vínculos de dependencia y por qué ellos se establecen. Las respuestas a estas preguntas se encuentran en las relaciones sociales entre los delincuentes y sus recursos, por ejemplo, dinero, conocimientos y contactos. La perspectiva teórica de

¹⁰¹⁹ KLEEMANS, E. R. *Theoretical Perspectives ...*, cit., p. 38.

¹⁰²⁰ Así lo resume Ramírez Barbosa: "Los miembros que conforman los grupos de delincuencia organizada suelen compartir vínculos comunes, como lazos geográficos, étnicos o incluso de sangre. En el marco de esa conexión se encuentran relaciones sólidas y frecuentemente inquebrantable, que promueve la devoción y la lealtad. Estos vínculos pueden verse afectados cuando un miembro de la organización actúa como delator o arrepentido y descubre a las autoridades el modo de operación y actividades del grupo criminal conjunto". RAMÍREZ BARBOSA, P. A. *La criminalidad organizada en Latinoamérica sus rasgos esenciales*. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 1096. En nuestra concepción, cuando la organización se agranda, afloja esos lazos, lo que moralmente, desde un punto de vista externo, hace menos reprochable la delación.

¹⁰²¹ KLEEMANS, E. R. *Theoretical Perspectives ...*, cit., p. 38. A propósito do tão discutido fator étnico, Kleemans ressalta: "In many textbooks, organized crime is divided along ethnic lines. Ethnicity is assumed to be the key to determining group membership, distinguishing between, for instance, Italian organized crime, Chinese organized crime, Russian organized crime, and so forth, and it is the primary focus of many 'ethnic' explanations of organized crime phenomena". Na sequência, o autor apresenta as limitações dessa perspectiva: "First, ethnicity is often linked to generalizations regarding the structure of criminal cooperation, often related with claims of links with well-known pyramid-shaped organizations in the countries of origin, most notably the Sicilian Mafia, Chinese Triads, Japanese Yakuza. [...] Second, ethnic homogeneity and ethnic closure of criminal groups are overemphasized, whereas ethnic heterogeneity and interethnic cooperation are neglected. Third, ideas of 'ethnic specialization' tend to identify particular ethnic groups with particular criminal activities. [...] However, empirical research reveals that criminal cooperation is built not so much on ethnicity as on social relationships between several individuals. People cooperate because they are family or because they originate from the same village. Often this means that they have the same ethnicity, because ethnicity affects social relations. Yet it does not preclude the involvement of people from other ethnic backgrounds. To a certain extent, this relationship between ethnicity and organized crime is a 'spurious' relationship as it can be explained by the logic of social relations". KLEEMANS, E. R. *Theoretical Perspectives ...*, cit., p. 44-45.

la "asociación delictiva" permite describir diferentes formas de cooperación, en lugar de imponer un modelo único para retratar a los distintos grupos y actividades delictivas. Desde esta perspectiva, la organización criminal no *tiene* una estructura, sino que *busca* una estructura. De este modo, se puede entender la flexibilidad de las organizaciones, así como su resistencia frente a las detenciones y confiscaciones. De hecho, la existencia de diversas conexiones entre varios delincuentes no elimina el hecho de que algunos puedan ser más importantes (estructural y jerárquicamente) que otros, pero sí indica que ningún miembro de la organización es insustituible¹⁰²².

Otro avance científico en la teoría de la asociación es una mejor comprensión de la existencia de posiciones estratégicas en las "*criminal networks*". Por ejemplo, se ha llegado a la conclusión de que no sólo son relevantes la cantidad y la densidad de los contactos, sino también la calidad de los mismos y el posicionamiento estratégico de dichos contactos en las redes delictivas. Existe, por ejemplo, la figura del "*broker*" - cuya función sería llenar los "*structural holes*" de la organización proporcionando una serie de opciones estratégicas¹⁰²³ - y la de los facilitadores. De hecho, mientras que el modelo jerárquico se centra en jefes y soldados, la perspectiva asociativa arroja luz sobre agentes más periféricos, como los facilitadores, figuras encargadas de prestar servicios cruciales para muchos delincuentes, como el blanqueo de capitales, la falsificación de documentos o el asesoramiento financiero y jurídico¹⁰²⁴. Los facilitadores pueden servir a diferentes grupos, ya que ofrecen servicios muy útiles para diversas actividades delictivas. La figura del facilitador, no necesariamente miembro integrante de una organización delictiva, tiende a ser francamente ignorada por las perspectivas jerárquicas, como si realizaran una actividad paralela a la delincuencia organizada¹⁰²⁵.

¹⁰²² *Idem*, p. 39-40.

¹⁰²³ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 40.

¹⁰²⁴ Em sentido próximo, Sutherland já apresentava a figura do *fixer*: O "fixer" pode ser um advogado ou alguém que tem contato com advogados. Os ladrões profissionais não confiam neles, apenas pagam bem e esperam não sofrer qualquer traição. Assim, as relações entre ladrões e o *fixer* não dependem de laços de amizade: são relações estritamente profissionais. O "fixer" não é o líder dos criminosos. Tem apenas a função de resolver os problemas. Nessa função, eventualmente, ele pode dar indicações, por exemplo, de onde não se deve agir. Mas não é o líder. Por vezes, fazem "acordos com a lei". A "lei" é todo o aparato do sistema criminal. O ladrão não acredita que a "lei" aja em prol da justiça (a não ser que haja algum tipo de pressão externa); as instituições procuram produzir registros próprios. Se um ladrão é preso injustamente, ele não confia em sua liberdade; recorre ao "fixer": afinal, não pode crer na justiça da corte que o inocentou quando era culpado. SUTHERLAND, E. H. *The professional thief*. Annotated and Interpreted by Edwin H. Sutherland. Chicago: The University of Chicago Press, 1937, p. 88, 107, 119 e 154.

¹⁰²⁵ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 40.

(5) Por último, la teoría logística o situacional (*Logistic or Situational Approach toward Organized Crime*) desplaza la perspectiva de las motivaciones de los autores a las oportunidades y limitaciones de los autores en su entorno. Al arrojar luz sobre las oportunidades, la nueva perspectiva favorece los enfoques de prevención de la delincuencia¹⁰²⁶. De hecho, la “*situational approach*” entiende la actividad delictiva organizada como un conjunto de acontecimientos delictivos. De ahí la aparición de nociones como la de “*offender convergence settings*”, que serían lugares en los que los delincuentes podrían encontrar más fácilmente socios, favoreciendo la continuidad de la cooperación delictiva, aunque hubiera alguna variación en los agentes implicados¹⁰²⁷.

De hecho, es muy probable que la “delincuencia callejera” pueda prevenirse mediante la no convergencia espaciotemporal de un agente criminal motivado, un objetivo adecuado y la ausencia de un elemento que inhiba el comportamiento¹⁰²⁸. Sin embargo, los miembros de la delincuencia organizada suelen disponer de más recursos para actuar, lo que los hace menos dependientes de las estructuras de oportunidad condicionadas por el tiempo y el espacio. Además, el “objetivo” de la delincuencia organizada es mucho más fluido que el de la delincuencia callejera, lo que significa que la “figura inhibidora” no es tan eficaz en muchos casos. Esto, desde luego, señala la necesidad de otros métodos de combate¹⁰²⁹.

No se desconoce que estas perspectivas requieren una actualización constante. Ninguna de ellas parece explicar, por ejemplo, la complejidad de la criminalidad en países como Brasil, donde legalidad e ilegalidad conviven estrechamente, al igual que las organizaciones violentas con aquellas que operan dentro de una corrupción sistemática, conocida hoy como cleptocracia¹⁰³⁰. Tampoco es el objetivo de este texto abordar todos

¹⁰²⁶ *Idem*, p. 42.

¹⁰²⁷ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 42.

¹⁰²⁸ En ese sentido, Von Hentig ya afirmaba: “Are we permitted to say that in some cases criminality is a self-consuming process of antisocial elements in which criminals prey on criminaloids, killers on suicides or other killers, oversexed on oversexed, dishonest individuals on dishonest? We think that any generalization should be avoided and that our formulation might be somewhat overdrawn. The reality of life, however, presents a scale of graduated inter-activities between perpetrator and victim which elude the formal boundaries, set up by our statutes and the artificial abstractions of legal science, that should be heeded by a prevention-minded social science. By separating in time the fatally ‘harmonizing’ parties the formation of an explosive social compound can be averted. Remaining would be a potential perpetrator without a victim and a potential victim without a partner to whom he or she could turn to be victimized”. VON HENTIG, H. Remarks on the Interaction of Perpetrator and Victim. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 31, 1940, p. 309.

¹⁰²⁹ KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives ..., *cit.*, p. 42.

¹⁰³⁰ Véase, adelante, 5.9.4.

los aspectos criminológicos de la delincuencia latinoamericana, la cual tiene causas que van desde factores económicos internacionales hasta cuestiones relacionadas con una estética delictiva. Ese será un trabajo para otra ocasión. Aquí se seguirá el camino de identificar las características que pueden distinguir lo que constituye la criminalidad organizada.

5.3 Perspectiva dogmática: el injusto de la organización criminal

En el contexto más amplio de la expansión del Derecho penal¹⁰³¹, caracterizado por la aparición de una legislación puramente simbólica y de impulsos punitivos que se retroalimentan mutuamente con intensidad creciente, lo que se traduce en una expansión cuantitativa y cualitativa de la normativa criminal¹⁰³²¹⁰³³, el concepto de organización delictiva y delincuencia organizada se ha flexibilizado, como forma de abarcar mayor

¹⁰³¹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

¹⁰³² CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 16-17. DEL ROSAL BLASCO, B. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 11-08, 2009. En este sentido, Díez Ripollés: “Los incrementos de la intervención penal derivan del surgimiento de nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes intereses colectivos cuya protección penal resulta plenamente justificada; no estamos, pues, ante meros sentimientos de inseguridad socialmente difundidos, sino ante un conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes y de las técnicas para controlarlos, lo que explica la aparición de potentes movimientos sociales que demandan actuaciones enérgicas para prevenirlos y que cuentan con un sólido apoyo de la ciudadanía a sus demandas; esos intereses colectivos resultan especialmente afectados por determinadas actividades socioeconómicas y empresariales así como por estructuras organizadas ligadas casi siempre a la obtención de altos beneficios económicos al margen de la ley”. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 07-01, 2005, p. 7-8. También según Díez, la creciente demanda social de seguridad frente a las organizaciones criminales socava el juicio sobre la conveniencia de nuevas normas incriminatorias que traten el tema, porque las leyes represivas estarían “sobrelegitimadas”, lo que debilita el análisis sobre la necesidad de la (nueva) norma. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Traducción: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 63-65.

¹⁰³³ MENDONZA BUERGO, B. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 69-70.

número de conductas¹⁰³⁴, así como de agravar la pena en el caso de prácticas delictivas en grupo organizado, y de delitos de mera pertenencia a una asociación ilícita¹⁰³⁵¹⁰³⁶.

Los delitos de organización, en el contexto del aumento de la pena, pueden entenderse desde un punto de vista funcional como una mera apertura para la investigación de determinados sospechosos, es decir, la materialización de la influencia en el Derecho penal de **necesidades policiales políticamente reconocidas**. De hecho, los delitos de puesta en peligro y preparación proporcionan al Estado importantes ventajas en la persecución penal, razón por la cual se han convertido en la herramienta favorita del legislador en el contexto de la ampliación del derecho penal. El delito de asociación ilícita, en particular, produce una notoria simplificación probatoria en el ámbito procesal, pues basta con acreditar algún papel en la organización criminal¹⁰³⁷.

De hecho, a partir de la mera literalidad de los preceptos, sin una descripción consistente o alguna dogmática limitadora, la posibilidad de penalización se extiende al infinito. Los déficits dogmáticos en los delitos de asociación, según Cancio Meliá, no son sólo un problema en sí mismos, sino también un riesgo de "efecto contaminación": las prácticas de aplicación resultantes de las imprecisiones dogmáticas pueden reproducirse en todo el sistema de justicia penal¹⁰³⁸. Se plantea, pues, la tarea dogmática de definir la ilicitud de los delitos de asociación ilícita. La noción de ilicitud debe poder explicar la propia tipificación y, en la medida en que sea posible política y penalmente, la gravedad de la pena. Sólo se puede proponer una definición de organización operativa en términos de tipicidad de los delitos de "delincuencia organizada" si identificamos previamente el

¹⁰³⁴ "Policymaking and law enforcement agencies worldwide also increasingly realize that stable, large-scale criminal organizations are far from monopolizing profit-making criminal activities. Rather than discarding the pair 'criminal organizations' and 'profit-making criminal activities', they have increasingly watered down the definition of criminal organizations so as to include also networks, gangs, cells and any group composed of at least three people working together for some time". PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. Organized Crime. A Contested Concept. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 14.

¹⁰³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009.

¹⁰³⁶ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 18.

¹⁰³⁷ ZIFFER, P. El delito de asociación ilícita frente al "derecho penal en expansión". In: CANCIO MELIÁ, M.; POZUELO PÉREZ, L. (Coord.). *Política Criminal en Vanguardia*. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Madrid: Civitas, 2008, p. 511. CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 23-24.

¹⁰³⁸ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos ..., *cit.*, p. 25-26. Acerca de las diversas formas de expansión del Derecho penal, incluso a través de la interpretación, véase: HUSAK, D. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008, p. 9 e ss.

delito al que da lugar la existencia de una asociación ilícita como **delito de organización**¹⁰³⁹.

Existirían cuatro enfoques para entender la ilicitud del delito de organización¹⁰⁴⁰. En primer lugar, la doctrina más antigua, ya en desuso, señala como elemento esencial del delito el ejercicio "abusivo" del derecho fundamental de asociación. Un segundo sector de la doctrina considera que los delitos de asociación ilícita son casos de anticipación de la pena (incluso antes de cualquier acto preparatorio concreto); la anticipación se debe al peligro que representan estas organizaciones. La mayoría de la doctrina alemana y española considera que los delitos de organización atentan contra determinados bienes jurídicos colectivos, como el orden público, la seguridad interior, la paz jurídica, etc. Entre los amplios campos de la previsión de la protección de los bienes individuales y la protección de los bienes colectivos surge una cuarta perspectiva: se trata de la comprensión del delito de asociación como un **delito de amenaza** (al poder del Estado).

5.4 Protección del correcto ejercicio del derecho de asociación

En la actualidad, ya no existen voces en la doctrina que entiendan el delito asociativo como una forma de abuso del derecho de asociación. Exponer este entendimiento, por tanto, tiene la función de rescatar elementos de la evolución dogmática de los delitos asociativos. Por esta razón, aquí se opta por presentar en este tema la secuencia histórica de positivizaciones en el derecho español.

La concepción del delito de asociación como una forma de abuso de derecho se hizo más evidente a partir del Código de Penal de 1848, ya que el Código de 1822 - que en su Capítulo VII del Título III (De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y el orden público) incluía el epígrafe "De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban los caudales públicos, o interceptan correos o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos" - establecía

¹⁰³⁹ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos ..., *cit.*, p. 16.

¹⁰⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*. Tesis Doctoral. Madrid: Facultad de Derecho de Madrid - Universidad Complutense, 1975, p. 143 e ss. CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos ..., *cit.*, p. 30-31.

en su artículo 338, lo relativo a las bandas: “Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o particulares”¹⁰⁴¹. De este modo, el Código Penal de 1822 representa un notable esfuerzo legislativo de racionalización y sistematización, aunque las técnicas utilizadas para tipificarlo proceden de una larga legislación especial¹⁰⁴².

El Código de 1848 ya se ocupaba de los delitos de asociación en su Libro Segundo - Delitos y sus penas, Título III - Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, Capítulo IV - De las asociaciones ilícitas. Na Sección Primera do referido capítulo, o artigo 202 establece o conceito de sociedades secretas: “Art. 207. Son sociedades secretas: 1º Aquellas cuyos individuos se imponen con juramento o sin él la obligación de ocultar a la Autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización interior. 2º Los que en la correspondencia con sus individuos o con otras asociaciones se valen ele cifras, geroglíficos u otros signos misteriosos”¹⁰⁴³. En la Sección Segunda, bajo la rubrica de “De las demás asociaciones ilícitas”, el artículo 211 de Código de 1850 establece que “Es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúna diariamente, o en días señalados, para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de cualquiera otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la Autoridad pública, o se faltare a las condiciones que esta te hubiere fijado”¹⁰⁴⁴.

Según Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, el Código de 1848 no sólo calificaba de "asociaciones ilícitas" a las que tenían un "objeto inmoral"; también eran ilícitas las que contravenían las condiciones y requisitos establecidos en la legislación¹⁰⁴⁵. Estos autores reconocen que la asociación es un derecho humano y un

¹⁰⁴¹ También es importante señalar que el Código de 1822 ya reconocía la autonomía del delito de asociación, como puede verse en el artículo 339: “Los autores, jefes, directores o promotores de algunas de estas cuadrillas, aunque no lleguen a cometer otro delito, serán castigados con la pena de dos a seis años de obras públicas. Los demás que a sabiendas y voluntariamente tomaren partido en la cuadrilla, sufrirán una reclusión de igual tiempo. Estas penas se impondrán siempre a los malhechores de la cuadrilla, sin perjuicio de que unos y otros sean castigados además con las respectivas a cualquier otro delito que cometieren; excepto cuando la ley imponga a este delito un aumento determinado de pena por razón de la cuadrilla, en cuyo caso no se aplicará la disposición del presente artículo”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*. Tesis doctoral: Facultad de Derecho de Madrid - Universidad Complutense, 1975, p. 3 e ss.

¹⁰⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*, cit., p. 7.

¹⁰⁴³ Véase BARJA DE QUIROGA, J. *Códigos Penales Españoles....* cit. vol. I, p.250

¹⁰⁴⁴ Idem, p. 386

¹⁰⁴⁵ GOMEZ DE LA SERNA, P.; MONTALBAN, J. M. *Elementos del Derecho Penal de España*. Madrid: Librería de Sánchez, Calle de Carretas, 1849, p. 250.

medio importante para lograr objetivos que no podrían alcanzarse sólo con el esfuerzo individual. Sin embargo, los derechos, por legítimos que sean, pueden degenerar en abusos si no se establecen normas que regulen su ejercicio, de modo que se concilien prudentemente lo que la libertad exige y lo que el orden público ¹⁰⁴⁶ requiere. En efecto, en los gobiernos libres, las personas disponen de medios para dar a conocer sus ideas y reforzarlas ante la opinión pública si son útiles para el país. Las sociedades secretas, en cambio, tienen a su favor la presunción de que no persiguen fines lícitos, debido al misterio que las rodea. La prohibición, por tanto, nace de la suma de esta presunción al peligro que sólo puede derivarse de estas organizaciones, sobre todo teniendo en cuenta los compromisos que generalmente deben asumir ¹⁰⁴⁷ sus miembros. Por lo que respecta específicamente al artículo 211, estos autores señalan que la prohibición de este artículo no se deriva de un objeto delictivo de la asociación, sino que la prohibición se debe únicamente a la falta de la necesaria aprobación de la autoridad pública competente. Así, es posible incluso que los asociados compartan fines moralmente positivos; sin embargo, incluso los motivos loables deben ser denunciados a las autoridades encargadas de vigilar y mantener la tranquilidad pública¹⁰⁴⁸. A pesar de las diversas críticas, el mérito del Código de 1848 es la sistematización de los delitos de asociaciones ilícitas, que aparecen bajo un epígrafe común, con dos secciones diferenciadas según la causa subyacente de la ilicitud¹⁰⁴⁹.

Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, comentando el Código de 1870, afirma que la ley de 1848 fue un reflejo de su tiempo. Los movimientos populares que sacudieron a varias naciones europeas en 1848 "habían abortado en España ante la perseverancia y el rigor de una dictadura militar dura, recelosa y violenta". Así, los autores del Código de 1848 no pudieron superar el espíritu de desconfianza que reinaba entre los responsables del mantenimiento del orden público¹⁰⁵⁰. La ilegalidad de las asociaciones descansa en una presunción legal, que revela el marcado formalismo del Código de 1848. Y es

¹⁰⁴⁶ *Idem*, p. 250-251.

¹⁰⁴⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, P.; MONTALBÁN, J. M. *Elementos del Derecho Penal ...*, cit., p. 251.

¹⁰⁴⁸ *Idem*, p. 253.

¹⁰⁴⁹ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos ..., cit., p. 13.

¹⁰⁵⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo III. Burgos: Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1874, p. 267. En la página siguiente, el autor afirma: "Que una sociedad que huye la luz del día, que oculta sus actos á los poderes públicos, es peligrosa y debe ser mirada con recelo por los Gobiernos y vigilada, no lo negamos. Pero ¿de cuándo aquí es delito todo lo ocasionado a cometerlos? El Estado no solo tiene para su defensa las leyes represivas sino las preventivas. Cuando con las leyes penales se quieren alcanzar fines propios de las leyes de policía, y viceversa, cuando con estas se quiere llenar el vacío de aquellas, no se obtiene, las más veces, otro resultado que el descrédito de todas".

precisamente este formalismo, según García-Pablos de Molina, el que explica la causa singular de exclusión de castigo para los miembros que "espontáneamente" se presentan ante las autoridades¹⁰⁵¹.

El Código de 1870 representó una reacción liberal frente al formalismo del Código de 1848¹⁰⁵². El Código de 1870, en su Libro Segundo, Título Segundo: Delitos contra la Constitución, Capítulo II: De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución, Sección Primera. Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución, traía estas disposiciones: “Art. 189. No son reuniones o manifestaciones pacíficas: 1.º Las que se celebraren con infracción de las disposiciones de policía establecidas con carácter general o permanente en el lugar en que la reunión o manifestación tenga efecto. 2.º Las reuniones al aire libre o manifestaciones políticas que se celebraren de noche. 3.º Las reuniones o manifestaciones a que concurriere un número considerable de ciudadanos con armas de fuego, lanzas, sables, espadas u otras armas de combate. 4.º Las reuniones o manifestaciones que se celebraren en el fin de cometer alguno de los delitos penados en este Código, o las que, estando celebrándose, se cometiere alguno de los delitos penados en el título III, libro 2.º del mismo”. “Art. 198. Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código”.

Según Groizard, la Constitución española de 1869 otorgaba a los derechos individuales una extensión que, en muchos casos, era incompatible con (el mantenimiento de) el orden público. De hecho, se había producido un franco abuso, sobre todo por parte de los partidos políticos, del derecho de reunión. Así, por necesidad pública, se utilizó el recurso extraordinario del derecho penal para regular este derecho individual¹⁰⁵³. El autor afirma que la libertad sin garantías no es verdaderamente libertad: la libertad es acción, es ejercicio de la voluntad, es derecho a realizar determinadas acciones dentro de la

¹⁰⁵¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*, cit., p. 15. Lo artículo 209 del referido Código establecía: “Se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior, y serán condenados únicamente en la caución, los individuos de una sociedad secreta, cualquiera que haya sido su categoría, que se espontanearen ante la Autoridad, declarando a esta lo que supieren del objeto y planes de la asociación”.

¹⁰⁵² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*, cit., p. 24-25.

¹⁰⁵³ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo III. Burgos: Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1874, p. 246.

sociedad. Sin embargo, es esencial que existan medios eficaces para que la libertad sea una realidad, una condición dominante en la vida de los seres humanos y de los pueblos. Por ello, según Groizard, el legislador español tuvo razón cuando, tras garantizar el derecho de reunión, estableció una sanción penal para garantizar este derecho. Del mismo modo, el legislador acertó al regular y compatibilizar con el orden público otro derecho individual, otra libertad necesaria, incluso más importante que el derecho de reunión: la libertad de asociación¹⁰⁵⁴¹⁰⁵⁵. De hecho, los conceptos de libertad de reunión y libertad de asociación no deben confundirse. Las reuniones o manifestaciones son accidentales, tienen lugar por un motivo, en una circunstancia concreta y con una finalidad temporal. Por regla general, se basa únicamente en el deseo de tomar una decisión común sobre un tema. Por tanto, las reuniones y manifestaciones carecen de permanencia. La **asociación**, en cambio, persigue un objetivo más importante, que sólo puede alcanzarse mediante la constancia, la prolongación en el tiempo¹⁰⁵⁶ y la realización de diferentes trabajos y esfuerzos. Por esta razón, la asociación necesita una organización adecuada, con aspectos permanentes, y una ley que la regule. Todas las ventajas de este derecho de asociación¹⁰⁵⁷ se derivan de la naturaleza de la organización, pero también hay peligros que pueden

¹⁰⁵⁴ *Idem*, p. 264-265.

¹⁰⁵⁵ En las dos últimas décadas, las libertades de reunión y asociación se han visto, poco a poco, restringidas en todo el mundo. Javato Martín observa que el colapso financiero de 2008 aumentó las protestas y exigió reacciones del Estado. En Latinoamérica, añadiríamos la facilidad de reunión que las redes sociales han promovido, pero mucho más que eso, una tendencia totalitaria del Estado, incluso en gobiernos de izquierda, que buscan censurar dichas redes. Javato encuentra, en las reformas de 2015 del Código Penal de España, un matiz de censura y un carácter autoritario, presente en varios aspectos de las reformas de los tipos penales. Por ejemplo, las agravantes para el delito de desórdenes públicos (art. 557) cuando los hechos se producen en manifestaciones numerosas, algo que ya es “inherente, en la mayoría de las ocasiones, al acto de desorden, ya que este tipo delictivo reclama la participación de un número considerable de personas” (JAVATO MARTÍN, A. M. Estado de Derecho, reformas penales y delitos contra el orden público. In: RODRÍGUEZ MOLINA, A. (coord.). *Reformas Penales y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 556-557). , preocupa más el cambio de la expresión “actuación en grupo” por “actuar individualmente, amparado por el grupo,” una acusación bastante común en regímenes poco democráticos, que tiene mucho que ver con las reuniones organizadas a través de redes sociales, donde el grupo no está formalmente constituido. Como ha señalado el autor, este cambio refleja un matiz autoritario, reproducido en muchos países.

¹⁰⁵⁶ Sobre la relevancia del tiempo en el tipo de Asociación u organización criminal, véase, adelante, 8.6.1

¹⁰⁵⁷ “En la asociación el hombre aprende y se habitúa, por un movimiento espontáneo, a que su voluntad individual ceda y se corrija por la voluntad general, que constituye la ley de su organismo; percibe que, no la fuerza, sino la discusión es el medio de hacer triunfar sus propósitos y derechos; se ilustra con los conocimientos de sus demás compañeros, y se defiende con sus fuerzas; ensancha por todos lados su esfera de acción, vence sus pasiones y mira con menos incertidumbre al porvenir , sintiendo engrandecidos ante su vista sus destinos sociales”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal*, cit., p. 265.

surgir del abuso de este derecho¹⁰⁵⁸. El Código de 1870 consiguió proteger el orden social sin eliminar libertades inofensivas¹⁰⁵⁹.

El Código de 1928 no regulaba los delitos de asociación ilícita. De hecho, el legislador se limitó a establecer en el artículo 856 que: "Hasta que dicten y rijan la nueva Constitución y las leyes especiales a que se refieren los artículos 263, 264, 268 y 269 del presente Código, continuarán en vigor y serán de aplicación los artículos 165, 167 al 174, 176, 181 al 203 y 204 al 235 del Código que ahora se deroga [...]". El Código de 1932, a su turno, supuso un regreso a la regulación de 1870. Se retoma la terminología "delitos contra la Constitución". Así, en su Libro Segundo: Delitos y sus penas, Título Segundo: Delitos contra la Constitución, Capítulo II: De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución, Sección Primera: Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución, el artículo 185 disponía que: "Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que, por su objeto o circunstancias, sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código."¹⁰⁶⁰.

El Código de 1944 introdujo algunos cambios dignos de mención. En su Libro Segundo, Título II: Delitos contra la seguridad interior del Estado, Capítulo II: De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, Sección Primera: Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, está el artículo 172, que establece: "Se reputan Asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las prohibidas por la autoridad competente. 4.º Las que se constituyeron sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley".

En primer lugar, en la rúbrica del Capítulo mencionado se ha sustituido el término "Constitución" por "leyes"¹⁰⁶¹. También es destacable la ampliación de la punibilidad

¹⁰⁵⁸ "Pero la asociación, por lo mismo que tanto vale y puede para el bien, vale y puede también mucho para el mal. Auxiliar poderoso de los Gobiernos, cuando encierra sus aspiraciones dentro de la legalidad, es su más peligroso enemigo cuando se revuelve contra ellos. Por eso, si no hay derecho constitucional más digno de respeto, no hay ninguno tampoco que deba ser más vigilado y enérgicamente encauzado". GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal*, cit., p. 265-266.

¹⁰⁵⁹ *Idem*, p. 268.

¹⁰⁶⁰ Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir...*, cit., p. 39-41.

¹⁰⁶¹ *Idem*, p. 49.

(números 3 y 4). Con la reforma de 1944, el objeto de la asociación - es decir, sus fines, planes y razón de ser - dejó de ser la referencia exclusiva para el enjuiciamiento penal. Así, una asociación puede ser considerada ilícita sin necesidad de establecer un objeto contrario a la moral, o constitutivo de delito, como sería el caso de las asociaciones prohibidas, las declaradas "fuera de la ley", las constituidas al margen del ordenamiento jurídico. Además, la disposición del apartado 4 tampoco hace referencia alguna al objeto social, razón por la cual el Tribunal Supremo llegó a comparar las asociaciones descritas en esta disposición con las "sociedades secretas" del Código de 1848. También es importante señalar que no se distingue entre asociaciones ilícitas por razón de su objeto (apartados 1 y 2) y asociaciones ilícitas con independencia de la licitud de su objeto (apartados 3 y 4)¹⁰⁶². Por último, se elimina la obligación de que los delitos perseguidos por la asociación estén previstos en el propio Código, por lo que bastará con prever el delito en una ley especial¹⁰⁶³.

En el Título XXI del Código Penal vigente: Delitos contra la Constitución, Capítulo IV: De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, se regula el art. 515, que literalmente establece: *Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 3.º Las organizaciones de carácter paramilitar. 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad.*

El capítulo VI del Código Penal se ocupa específicamente de las "Organizaciones y Grupos Criminales" y empieza con el 570 bis, que prevé pena hasta ocho años para los que "promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización

¹⁰⁶² *Idem*, p. 51-52.

¹⁰⁶³ *Idem*, p. 52-53.

criminal. Este Capítulo VI, modificado por la LO 5/2010, de 26 de junio, incluye en su artículo 570, *quater*, una cláusula de delación premiada, en los siguientes términos.

4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.

Evidentemente, la ley introduce un comportamiento posdelictivo positivo al determinar que el juez, al dictar sentencia, exponga los fundamentos de la rebaja¹⁰⁶⁴. No se trata de un preacuerdo, sino de una figura que se aleja de lo que sería la justicia negociada, aunque pertenezca al ámbito de la justicia premial¹⁰⁶⁵.

Establecer la diferencia entre la organización criminal y el grupo criminal en la ley española, sin embargo, no es tarea sencilla, como señala Javato Martín. La organización o grupo criminal está definida en el art. 570-bis-n como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de

⁹³ La obligación de fundamentar existe para cualquier instituto de la sentencia, pero, en ese punto específico, sirve de **comprobación**. Por un lado, el hecho de que sea pro reo no exime al juez de motivar. Por otro lado, se reconoce un arbitrio muy amplio al juez, lo que obliga a la ley a resaltar esa obligación. Así, Alonso Álamó afirma que “hay una indubitable relación entre la ampliación del arbitrio y la reiterada exigencia legal de motivación”. ALONSO ÁLAMO, M. Determinación de la pena en atención a las circunstancias del delito. El alcance de la reforma a la luz de la ampliación del arbitrio judicial. *Revista de Ciencias Penales* – Asociación Española de Ciencias Penales, v. 1, n. 02, 1998, p. 264.

¹⁰⁶⁵ En casos de ejecución de pena, la misma ley introduce en el ordenamento la “declaración de repudio”, en una garantía de no repetición que también se confunde con arrepentimiento normativo y mitigación del dolor ajeno, que merece análisis en el capítulo correspondiente. Es la libertad condicional, del art. 90 CP, “8. En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”

manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Sin embargo, como indica el citado autor, el “grupo criminal” no cuenta con semejante constancia legal, con lo cual se debe definir “de modo negativo respecto de aquella en el art. 570 ter 1 últ párr.”¹⁰⁶⁶. Ese dispositivo de la ley determina que el grupo criminal sea “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”. De hecho, se puede decir que el grupo criminal es una organización criminal incompleta, faltándole un elemento, lo que, como afirma el autor, obliga a una definición por comparación y exclusión.

La tesis de que los delitos de asociación consisten en abusos de derechos tiene la virtud de enfatizar el aspecto institucional que corresponde a los derechos fundamentales, los cuales pueden ser abusados en diversos sectores¹⁰⁶⁷. Como se ha visto, esta fue la doctrina dominante durante el Código de 1870. Ahora bien, no debe confundirse "cómo" se puede lesionar un bien jurídico (mediante el ejercicio abusivo e ilícito de un determinado derecho) con "qué" es ese bien que se debe proteger. Como resume García-Pablos de Molina, lo que el ordenamiento jurídico protege no es el correcto ejercicio de los derechos individuales, sino determinados intereses, bienes y valores cuya necesaria protección es lo que determina si el ejercicio del derecho es lícito o abusivo. Por tanto, no es el ejercicio legítimo del derecho de asociación el objeto de protección penal, sino otros bienes jurídicos que, siendo dignos de tutela, condicionan el ejercicio de los derechos individuales¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ JAVATO MARTÍN, A. M. Rebelión y terrorismo. A propósito de las acciones de *Tsunami democràtic* y los CDR vinculadas al *Procès*. In: GALÁN MUÑOZ, A, GÓMEZ RIVERO, C., (coords.) *La represión y persecución del discurso terrorista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 418. En el texto, el autor, desde la perspectiva de los delitos de rebelión y terrorismo, alerta sobre el peligro de *bis in idem*. En sus palabras: “Hay que destacar la complicada compatibilidad del delito de asociación criminal con el delito de rebelión, al ser este último es un delito con sujeto activo plural, que presupone una organización, jerarquización y asignación de roles y tareas” (p. 418)

¹⁰⁶⁷ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 35-36.

¹⁰⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*. Tesis Doctoral. Madrid: Facultad de Derecho de Madrid - Universidad Complutense, 1975, p. 143-146.

5.5 La anticipación de tutela de los bienes jurídicos individuales

En consonancia con el contexto político-criminal contemporáneo, caracterizado por un incremento punitivo, el delito de asociación puede entenderse como una forma de protección anticipada hasta un estadio anterior a la lesión de un bien jurídico individual. Así, la teoría de la anticipación establece que la determinación del ilícito se proyecta sobre delitos futuros cuya comisión por la organización se teme. La mera existencia de la asociación delictiva —más concretamente, la intervención en dicha organización— constituye una fuente de peligro creciente para los bienes jurídicos del Estado y de los ciudadanos. Dado que la organización se combate en su fase preparatoria, no es realmente posible identificar un objeto específico tutelado en los delitos de organización. En consecuencia, los bienes jurídicos protegidos por estos delitos serían idénticos a los protegidos en la Parte Especial. Por tanto, los delitos de organización se concebirían como meros delitos de peligro abstracto¹⁰⁶⁹.

La objeción a esta forma de entender el delito radica en que reduce innecesariamente la perspectiva de análisis al aspecto exclusivo de la anticipación de la criminalización, sin identificar un bien jurídico concreto protegido por los delitos de organización, más allá de los tipos de la Parte Especial afectados¹⁰⁷⁰. De hecho, no se justifica la necesidad de crear este instrumento de protección para tutelar bienes jurídicos que ya cuentan con suficiente amparo en el ordenamiento penal. Debe reconocerse, por tanto, que existe un solapamiento en la protección de los mismos bienes jurídicos, especialmente en ordenamientos que no establecen de forma absoluta qué clase de delitos deben ser objeto de asociación ilícita, como ocurre en los ordenamientos español y brasileño. Un segundo nivel de protección podría justificarse en relación con determinados bienes jurídicos especialmente sensibles y valiosos, pero no para todos los bienes comprendidos en el ordenamiento, sin distinción alguna¹⁰⁷¹. Además, resulta difícil conciliar las ideas de que el delito de asociación se consuma sin que se haya iniciado la ejecución de ninguno de los delitos previstos y que, al mismo tiempo, pretenda proteger los bienes jurídicos que se verían lesionados por la conducta futura de los

¹⁰⁶⁹ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 36-39.

¹⁰⁷⁰ *Idem*, p. 40-41.

¹⁰⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*, *cit.*, p. 159.

asociados¹⁰⁷². Por último, si se tratara de un caso de anticipación de la pena, sería complejo explicar por qué la pena del delito asociativo podría ser superior a la pena por la comisión efectiva del delito planeado. Por ejemplo, la pena por asociarse para cometer delitos contra la propiedad podría ser mayor que la pena impuesta a dichos delitos¹⁰⁷³.

Como resume Ziffer, la legitimidad de la anticipación de la pena dependerá de si el disvalor de la conducta prohibida trasciende la mera preparación de delitos por un grupo de personas, es decir, si la preparación colectiva de delitos puede definirse como peligrosa para terceros en un sentido distinto al de la mera preparación de cualquier otro delito. Solo a partir de una determinación plausible del fundamento de ese peligro adicional será admisible la intensa injerencia que se produce en la esfera privada de los individuos cuando el Estado, al castigar a los miembros de un grupo cuyo propósito es cometer delitos que aún pueden no haberse manifestado externamente, rompe la regla de impunidad de los actos preparatorios¹⁰⁷⁴.

Cancio Meliá también rechaza el concepto de delito asociativo como una forma de protección anticipada. Según este autor, la existencia de la organización criminal, en tanto agente colectivo, conlleva una peligrosidad especial: la estructura colectiva aparece únicamente como un factor que amplifica los elementos individuales de peligrosidad¹⁰⁷⁵. Sin embargo, este planteamiento entra en conflicto con la realidad del Derecho positivo: desde una perspectiva puramente centrada en la peligrosidad, resulta imposible justificar la incriminación específica de los delitos de organización, pues **se encuentra desvinculada de cualquier lesión concreta ulterior**. De hecho, para captar esta peligrosidad bastaría con recurrir a hipótesis de agravación de la pena por la práctica colectiva en los distintos delitos que lesionan efectivamente el patrimonio individual¹⁰⁷⁶.

La teoría de la anticipación responde a la idea de optimizar la eficacia de los mecanismos policiales de prevención mediante la racionalización de la decisión legislativa de criminalizar el mero hecho de pertenecer a una organización típica. La justificación y, en consecuencia, la legitimidad de esta anticipación radica en el

¹⁰⁷² CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 159.

¹⁰⁷³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*, *cit.*, p. 159-160.

¹⁰⁷⁴ ZIFFER, P. El delito de asociación ilícita frente al "derecho penal en expansión. In: CANCIO MELIÁ, M.; POZUELO PÉREZ, L. (Coord.). *Política Criminal en Vanguardia*. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Madrid: Civitas, 2008, p. 500.

¹⁰⁷⁵ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 52.

¹⁰⁷⁶ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 53.

extraordinario potencial de riesgo que supone. Por ello, los defensores de esta teoría subrayan el carácter excepcional de esta incriminación¹⁰⁷⁷. Sin embargo, no se puede ignorar que la lógica de la prevención práctica es la lógica de la policía, no la del Derecho penal, y que no reconoce límites internos cuando se trata de combatir eficazmente las fuentes de peligro¹⁰⁷⁸.

5.6 Protección de los bienes colectivos

La mayoría de los juristas atribuye al delito de asociación para delinquir la función de proteger bienes colectivos de difícil delimitación¹⁰⁷⁹. Se mencionan la seguridad pública, la paz pública o el poder coercitivo del Estado, entre otros¹⁰⁸⁰. Puede decirse que, pese a sus matices, estas doctrinas comparten la idea de que una asociación cuyo propósito es cometer delitos representa algo más que una amenaza para los bienes jurídicos que eventualmente se verían afectados por los delitos cometidos. Así, por ejemplo, una asociación cuyo *propósito* consiste en la comisión de delitos patrimoniales no solo pone en riesgo los bienes individuales que podrían verse afectados por la conducta concreta de sus miembros. En consecuencia, el objeto específico de la protección penal debe situarse en un plano más abstracto¹⁰⁸¹. La principal crítica a estos planteamientos coincide, en esencia, con las objeciones formuladas contra la teoría de la anticipación: la indeterminación de las descripciones empleadas para caracterizar el objeto colectivo de protección podría abrir la puerta a una criminalización ilimitada¹⁰⁸².

El criterio de enemistad con la ley puede implicar una subjetivización incompatible con el principio de hecho. A la hora de evaluar estos planteamientos, conviene distinguir entre los aspectos colectivos-subjetivos y los aspectos fácticos de las correspondientes nociones del objeto de protección¹⁰⁸³. En la medida en que la paz jurídica se identifique con determinadas percepciones sociales, se entrará en un terreno extremadamente incierto desde el punto de vista empírico y, de entrada, completamente

¹⁰⁷⁷ *Idem*, p. 54.

¹⁰⁷⁸ *Idem*, p. 54-56.

¹⁰⁷⁹ Sobre las dificultades para el contorno de los bienes jurídicos supra-individuales, véase: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

¹⁰⁸⁰ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 42-43.

¹⁰⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*, *cit.*, p. 155.

¹⁰⁸² CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 44-45.

¹⁰⁸³ *Idem*, p. 57.

desvirtuado desde la perspectiva político-criminal¹⁰⁸⁴. Además, existe un problema previo: el enfoque empirista, basado en los sentimientos colectivos, no puede condicionar el Derecho penal. Las normas jurídicas no reaccionan a los estados de ánimo públicos ni dependen de un determinado entorno social. Recurrir al sentimiento social de inseguridad para definir la paz o el orden público equivaldría a dejar a la discreción la determinación conceptual del objeto de protección.

Si la paz o el orden público se conciben como una mera situación de tranquilidad, la aproximación al objeto de protección supondría una duplicidad del objetivo global del control penal, al implicar una definición aparente e incorrecta del bien jurídico, convirtiendo artificialmente el concreto objeto de tutela¹⁰⁸⁵ de los delitos organizativos en un elemento genérico que se confunde con el fin último del Derecho penal. Por tanto, el problema no radica en definir el bien jurídico, sino en establecer un marco que no facilite la aplicación arbitraria de la ley¹⁰⁸⁶.

5.7 La asociación ilícita como delito de amenazas

Durante la vigencia del Código Penal de 1944, García-Pablos de Molina ya sostenía que los delitos de asociación constituían una amenaza para el poder del Estado. El autor definió su postura como institucionalista: la asociación criminal, concebida a la luz de todo el ordenamiento jurídico, no sería simplemente un grupo de personas con fines contrarios a la ley, sino una auténtica institución, que tendería a afirmarse como una especie de Estado. Este elemento constituiría la *ratio essendi* de la antijuridicidad y el factor distintivo de la asociación delictiva frente a la mera participación delictiva. La idea de que la criminalización de la asociación delictiva representa una forma de autoprotección del poder estatal permite desvincular el objeto de protección penal de los sentimientos y estados de ánimo de la colectividad (como ocurre en la interpretación según la cual la asociación ilícita lesiona el orden o la paz públicos). No es esta, sino el propio Estado, el titular del bien jurídico amenazado; por tanto, la lesión o puesta en

¹⁰⁸⁴ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit*, p. 58.

¹⁰⁸⁵ *Idem*, p. 59.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, p. 59-60.

peligro de dicho bien jurídico no dependería de cualquier perturbación de la tranquilidad pública derivada de la asociación¹⁰⁸⁷.

Al mismo tiempo, Ziffer sostiene que el delito de asociación ilícita puede entenderse como un delito de amenaza, es decir, como aquellos delitos en los que el autor ya ha exteriorizado una amenaza especialmente significativa que autoriza al Estado a intervenir, sin necesidad de que esta se materialice, pues basta por sí misma para activar la validez cognoscitiva de la norma. En el caso de la participación en una asociación delictiva, la conducta desplegada por sus miembros representa una amenaza que se expresa de manera particularmente agresiva y que emana de la creación de un aparato organizado destinado a perpetuar y facilitar la práctica del delito. Su existencia autoriza al Estado a intervenir y desarticular las estructuras de la organización, de la que deriva el peligro, antes de que este se materialice. Del mismo modo, esta situación legitima el castigo de los miembros de la asociación, pues quienes colaboran con una estructura diseñada para ejecutar futuros planes delictivos no están en condiciones de controlar el alcance de su contribución¹⁰⁸⁸.

Cancio Meliá plantea que la concepción del delito de asociación como delito de amenaza se sitúa entre dos grandes enfoques teóricos: por un lado, quienes entienden el delito de asociación como una forma de anticipar la protección de bienes jurídicos individuales; por otro, quienes sostienen que protege bienes colectivos. La interpretación del delito de asociación como delito de amenaza rechaza el mero recurso a la idea de protección anticipada y, al mismo tiempo, niega una definición puramente socio-psicológica del objeto de protección en la órbita de la paz jurídica. De este modo, "desenmascara la obsesión por las lesiones futuras de bienes jurídicos como gancho ilegítimo para una criminalización sin límites posibles"; más aún, "propone una nueva vía para la definición de la paz jurídica como objeto de protección, en la que la perturbación de esta paz —en referencia a las lesiones futuras— puede entenderse, como infracción de una norma de acompañamiento, como una injusticia parcial"¹⁰⁸⁹.

La injusticia de organización, entendida como injusticia de amenaza, está en consonancia con el significado político de la organización criminal. Cancio Meliá propone que se examinen dos aspectos de la relevancia social de las organizaciones: (I)

¹⁰⁸⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir...* cit., p. 163-164.

¹⁰⁸⁸ ZIFFER, P. El delito de asociación ilícita ..., cit., p. 501-502.

¹⁰⁸⁹ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., cit., p. 45-46.

su dimensión colectiva y **(II)** la especial amenaza que supone su existencia en relación con determinados valores jurídico-políticos¹⁰⁹⁰.

En relación con el primer punto, el autor aclara que, aunque la **especial peligrosidad de la organización criminal** es un aspecto relevante desde una perspectiva dogmática, no basta para captar el contenido específico del delito de organización. De hecho, las fuentes de peligro en la fase preparatoria (o incluso antes) son omnipresentes: un autor individual decidido a cometer un delito también puede ser altamente peligroso. Sin embargo, más allá de la intensificación de la peligrosidad a través de la dinámica de grupo, hay que reconocer la existencia de un actor colectivo: la organización surge como una entidad social autónoma¹⁰⁹¹. Esto plantea algunas cuestiones: ¿Cómo puede integrarse la aparición de un actor colectivo en el hecho ilícito de un autor individual? ¿Cómo puede atribuirse responsabilidad individual a un agente que forma parte de una organización delictiva? ¹⁰⁹² Según Cancio, la adhesión a una organización delictiva no requiere un procedimiento formal, como la cumplimentación de un formulario de solicitud. Sin embargo, el proceso de adhesión, por regla general, va más allá de un mero pacto verbal¹⁰⁹³. La adhesión a la asociación criminal es un **comportamiento objetivamente definido en su significado**, por lo que no es necesario recurrir al contexto de los planes internos o a los elementos subjetivos del autor. El (nuevo) miembro dirige y adapta su comportamiento de tal manera que deja de ser posible interpretarlo como una conducta irrelevante¹⁰⁹⁴. La cualidad decisiva de las organizaciones que entran en consideración para el delito de asociación ilícita es el hecho de que actúan como un colectivo. La **integración en la organización le es imputable a su miembro**: le convierte en partícipe del colectivo¹⁰⁹⁵. Desde esta perspectiva —la organización como agente autónomo, no solo como dispositivo de peligro— se abren nuevas vías para

¹⁰⁹⁰ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 61.

¹⁰⁹¹ *Idem*, p. 62.

¹⁰⁹² *Idem*, p. 63-64.

¹⁰⁹³ El bautismo de sangre de la *Cosa Nostra* está narrado en detalles en el ya mentado *Valachi Papers*: “Then we sit down, and he turns to me, still in Italian, and talks about the gun and the knife. ‘This represents that you live by the gun and the knife’ he says, ‘and you die by the gun and by the knife’. Next he asked me, Which finger do you shoot with?” MAAS, P. *The Valachi Papers*. New York: Harper Collins Publisher, 2003 (orig. 1968), p. 75.

¹⁰⁹⁴ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 70-72.

¹⁰⁹⁵ En la posición aquí adoptada, la crítica debe ser más contundente, señalando que se trata de una forma de responsabilidad objetiva, ya que, de algún modo, el miembro de una organización criminal está respondiendo por el simple hecho de adherirse a una organización cuyas actividades no necesariamente comparte o en las que no participa, lo que implica responder por hechos y resultados ajenos.

examinar el significado específico de la existencia de organizaciones en la definición del delito¹⁰⁹⁶.

En cuanto a la amenaza que supone la existencia de la organización en relación con determinados valores jurídicos y políticos, hay que reconocer que las organizaciones delictivas se arrojan el ejercicio de derechos que corresponden a la soberanía del Estado. Algunas organizaciones delictivas cuestionan el monopolio estatal de la violencia¹⁰⁹⁷. Sin embargo, conviene precisar que solo los agentes colectivos peligrosos están realmente en condiciones de desafiar al Estado; únicamente el ejercicio de una disciplina que incluye la acción criminal violenta (dentro y fuera de la organización) cuestiona de manera efectiva el papel del Estado y, en consecuencia, ataca específicamente el monopolio de la violencia que este ostenta. La organización no cuestiona la naturaleza general del poder estatal, sino el ejercicio exclusivo de la violencia¹⁰⁹⁸. Cancio Meliá reconoce que, contra este último punto de su postura, podría objetarse que se trata de una propuesta *de lege ferenda*, ya que, según la legislación española, cualquier tipo de delito planificado puede constituir una organización criminal. "Sin embargo, es esta una crítica que carece de excesivo peso en un ordenamiento jurídico-penal que [...] si bien presenta una tipificación omnicomprendensiva, desde sus inicios ha generado una *praxis* de aplicación que —casos particulares aparte— se restringe, de hecho, a organizaciones violentas"¹⁰⁹⁹.

Resumiendo su posición, Cancio Meliá afirma que si la definición del contenido del delito de organización se basa en **la amenaza al monopolio estatal de la violencia**, el alcance de la norma incriminatoria será mucho menor de lo que su literalidad sugiere¹¹⁰⁰. Desde un punto de vista político-criminal, el autor recomienda que la pena no sea tan drástica. Dado que se trata (también) de la significación colectiva de la organización y no (solo) de prevenir hechos futuros, la justicia penal puede darse por satisfecha con una menor severidad¹¹⁰¹. Una asociación delictiva no puede ser cualquier agrupación cuya finalidad sea cometer delitos. Para que exista una amenaza efectiva que pueda caracterizar un desafío al Estado, la organización necesita un cierto grado de estructura interna. Además, debe elaborarse un catálogo de delitos que podrían constituir

¹⁰⁹⁶ CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 72-73.

¹⁰⁹⁷ *Idem*, p. 75.

¹⁰⁹⁸ *Idem*, p. 76-77.

¹⁰⁹⁹ *Idem*, p. 77.

¹¹⁰⁰ *Idem*, p. 82-83.

¹¹⁰¹ *Idem*, p. 83.

una organización criminal, con **la violencia como elemento central**¹¹⁰². En cuanto al proceso de integración en la organización, el autor sostiene que las organizaciones que desafían el monopolio estatal de la violencia requieren una "actualización clara y permanente de pertenencia". Así pues, no cabe hablar de integración pasiva en la organización criminal¹¹⁰³.

Sobre este último punto, Silva Sánchez propone una fundamentación para sancionar a los miembros de organizaciones criminales que sea compatible con las reglas del derecho penal común. Una de las premisas fundamentales de esta propuesta es que el problema pertenece a la parte general del Derecho penal y no a la parte especial, es decir, se trata de **una cuestión material de atribución y no de un mero problema formal de tipificación**¹¹⁰⁴.

Según Silva, existen dos modelos posibles de atribución de responsabilidad a los miembros de organizaciones criminales: **(I)** el modelo de *transferencia* y **(II)** el modelo de responsabilidad por *el hecho en sí*¹¹⁰⁵. El modelo de transferencia encuentra la razón para penalizar a los miembros de la organización en el peligro permanente para la paz y la seguridad públicas que se atribuye a la propia organización, concebida como un sistema de distribución estable y racional de roles para la comisión de un número indeterminado de delitos. El delito imputado a un determinado miembro de la organización consistiría en la asunción, por parte de este, de una función o competencia estable en relación con la hipotética comisión de delitos. Esto podría producirse con la mera declaración de voluntad de intervenir en la citada serie indeterminada de delitos. Desde este punto de vista, el delito se convierte en un delito de adhesión o pertenencia en sentido estricto¹¹⁰⁶.

Este es el modelo utilizado por las posturas que consideran los delitos asociativos como delitos autónomos que lesionan un bien jurídico supraindividual (paz, seguridad, orden público). Si se reconstruyen los argumentos de los defensores de esta perspectiva, el daño a la paz pública se produce por la mera existencia de la organización criminal. Su *existencia* constituye el *estado de cosas perjudicial*¹¹⁰⁷. Este modelo de atribución de

¹¹⁰² CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización ..., *cit.*, p. 83-84.

¹¹⁰³ *Idem*, p. 84.

¹¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. La "intervención a través de organización", ¿Una forma moderna de participación en el delito? In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 94.

¹¹⁰⁵ *Idem*, p. 101.

¹¹⁰⁶ *Idem*, p. 102.

¹¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M. La "intervención a través de organización...", *cit.*, p. 102-103.

responsabilidad simplifica los requisitos para sancionar al miembro individual, facilitando, en términos procesales, la gestión de la prueba. En efecto, la introducción en el análisis de un bien jurídico supraindividual que, por definición, resulta lesionado por la estructura organizada con fines delictivos permite reducir las exigencias objetivas, tanto en relación con la propia organización como respecto al comportamiento de los miembros. De este modo, no puede descartarse la incriminación de los miembros organizados con fines delictivos, ni siquiera en un sentido meramente formal¹¹⁰⁸.

Por otra parte, el modelo de responsabilidad por los propios actos hace al miembro individual de la organización responsable de su propio comportamiento. En otras palabras, no se le transfiere la responsabilidad por la peligrosidad de la organización ni se le atribuye el estado de cosas que favorece la comisión de determinados delitos. Cada miembro es considerado responsable de su actividad cuando esta favorece la comisión de delitos. El autor expone variantes de este modelo¹¹⁰⁹.

En primer lugar, existe una responsabilidad cualificada por la participación conforme a las reglas generales en los delitos cometidos, sancionando las formas de intervención en los delitos concretos cometidos en el marco de la asociación. La sanción de estas formas de intervención debe ser cualificada debido a la estabilidad de la organización. Vincula la reacción frente a la peligrosidad de las asociaciones delictivas con la realización, dentro de ellas, de acciones concretas en relación con los delitos previstos. Por lo tanto, las manifestaciones de voluntad que no se materializan en favor de un delito concreto no son punibles. En otras palabras, la mera declaración de voluntad general de participar en delitos no es punible¹¹¹⁰.

En la variante de responsabilidad por intervención *a través de una organización*, la organización aparece como la entidad portadora del sistema de acciones que favorecen hechos concretos, es decir, los delitos objetivo de la organización realizados por sus miembros¹¹¹¹. Así, aunque la conducta de favorecimiento de un determinado miembro sea genérica, esto permite que, en caso de producirse un hecho delictivo concreto, se le pueda imputar responsabilidad por dicho delito. Esta postura mantiene la exigencia de

¹¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. La “intervención a través de organización...”, *cit.*, p. 104-105.

¹¹⁰⁹ *Idem*, p. 105.

¹¹¹⁰ *Idem*, p. 106-107.

¹¹¹¹ *Idem*, p. 109.

una referencia al hecho que forma parte de la infracción penal, aunque esta se produzca de manera abstracta y mediata¹¹¹².

El modelo de responsabilidad por intervención *a través de una organización* requiere dos aclaraciones: (I) Esta teoría no implica que todos los miembros activos de la organización puedan ser considerados responsables de todos los delitos concretos cometidos en su seno. Serán responsables aquellos cuyos comportamientos favorables, institucionalizados y canalizados en la organización, se proyecten de forma mediata (a través de la organización) sobre un hecho concreto. (II) La específica dimensión institucional de la organización puede justificar que las colaboraciones con organizaciones criminales sean sancionadas como tales, incluso antes de que la organización las haya proyectado sobre delitos concretos. En todo caso, la sanción de este comportamiento requerirá que la conducta del miembro de la organización sea imputable como favorecedora de delitos que, canalizados por la propia organización, puedan proyectarse sobre hechos concretos¹¹¹³.

5.8 Perspectiva político-criminal: la respuesta estatal a la amenaza que supone la organización criminal

En este apartado se presentarán las estrategias político-criminales para hacer frente a la delincuencia organizada. En primer lugar, se expondrán las líneas maestras de esta lucha, destacando la influencia de Estados Unidos en las políticas nacionales de diversos países. Además, se analizarán los principales momentos de la evolución de la normativa europea en materia de lucha contra las organizaciones criminales. Posteriormente, se presentarán medidas más concretas adoptadas por los países para combatir estas organizaciones.

¹¹¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M. La “intervención a través de organización...”, *cit.*, p. 109-111. À página 111, Silva acrescenta: “A mi juicio, la ‘intervención a través de organización’ continúa perteneciendo a la teoría común de la intervención en el delito y no constituye una excepción a las reglas generales de ésta. Más bien, se trata en ella precisamente de una adaptación de los términos de la teoría general de la intervención a la existencia de organizaciones criminales. Éstas pueden propiciar, en efecto, que aportaciones naturalísticamente alejadas de la ejecución del hecho, más aún, desconectadas de sus circunstancias de tiempo, lugar, sujetos e incluso concreción fáctica, mantengan, sin embargo, una plena conexión normativa (de sentido) con aquel que justifique una imputación a título de intervención”.

¹¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. La “intervención a través de organización...”, *cit.*, p. 112-113.

El impacto internacional de las políticas estadounidenses de control de la delincuencia organizada es innegable. La perspectiva estadounidense sobre este fenómeno se ha consolidado como una referencia a nivel mundial. De hecho, en numerosas ocasiones, la comunidad internacional recurre a Estados Unidos en busca de conocimientos especializados para elaborar políticas nacionales que aborden problemas internos. Sin embargo, en muchos aspectos, existe una presión considerable para armonizar las medidas de *law enforcement* a escala global, con Estados Unidos sirviendo como modelo a imitar¹¹¹⁴.

Muchos gobiernos han respondido a la presión estadounidense creando nuevas leyes penales, por ejemplo, sobre tráfico de drogas, blanqueo de dinero, uso de información privilegiada en el mercado de capitales, delincuencia organizada y mitigación del concepto de secreto. Además, se han introducido cambios para garantizar o facilitar la cooperación internacional y asegurar que las medidas de *law enforcement* sean eficaces. Muchos países también han adoptado las técnicas de investigación utilizadas en Estados Unidos. En resumen, Estados Unidos proporcionó los modelos y apoyó a los demás países realizar los ajustes necesarios para que existiera cierto nivel de normalización mundial en la lucha contra la delincuencia organizada, incluso con programas de formación específicos¹¹¹⁵. Desde los años setenta del siglo pasado, el FBI y otras instituciones estadounidenses han formado a miles de agentes en distintas partes del mundo. Durante el gobierno de Bill Clinton, en 1995, se crearon Academias Internacionales de Aplicación de la Ley (*International Law Enforcement Academies*, ILEA) en distintos lugares, como Hungría y Tailandia, además de todo el conjunto legislativo del Plan Colombia. En estas academias se enseñan técnicas para hacer frente al tráfico de drogas, la trata de seres humanos y, más recientemente, el terrorismo y la ciberdelincuencia, incluida la pornografía infantil¹¹¹⁶.

Sin embargo, el proceso de exportación de la política penal estadounidense sobre el control de la delincuencia organizada está vinculado a la adopción extranjera de las políticas de *war on drugs*. Los orígenes de los esfuerzos estadounidenses contra el consumo de ciertas sustancias se remontan al siglo XIX, con los escritos alarmistas de los

¹¹¹⁴ BEARE, M.; WOODIWISS, M. U. S. Organized Crime Control Policies Exported Abroad. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 545.

¹¹¹⁵ *Idem*, p. 546.

¹¹¹⁶ *Idem*, p. 547.

misioneros sobre los efectos devastadores de la adicción a los opiáceos en China¹¹¹⁷. Así, antes de la Segunda Guerra Mundial, bajo los auspicios de la todavía existente Sociedad de Naciones, Estados Unidos ya moldeaba un sistema internacional de control de drogas. Finalizado el conflicto, el país estaba en mejores condiciones para definir una política internacional de control de drogas con las Naciones Unidas¹¹¹⁸.

Durante la década de 1980, la diplomacia estadounidense logró negociar la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* en 1988¹¹¹⁹. A finales de esa década, los miembros de las Naciones Unidas trataron de reforzar la legislación internacional para combatir el narcotráfico. La Convención amplió el alcance de las medidas represivas, introduciendo disposiciones sobre el blanqueo de dinero, la confiscación de bienes de los traficantes y la cooperación entre países. Esta Convención puede considerarse una etapa importante en la internacionalización de las políticas prohibicionistas estadounidenses en materia de

¹¹¹⁷ Sin profundizar en temas más complejos, aunque relacionados estrechamente con lo que aquí se discute, hay que destacar que la idea de vincular la imagen de los chinos al opio fue una de las primeras invenciones de la "war on drugs", asociando la idea de las drogas a grupos étnicos. Es lo que, en China, se conoce como el "Siglo de Humillación". Véase, por ejemplo, en las palabras del actual presidente chino: "Through this war, we Chinese people ended our century-long history of humiliation following the Opium War of 1840. We would no longer allow ourselves to be trampled on or dependent upon others. We bid farewell to the image of the 'stick man of East Asia'. We did ourselves proud and felt truly heartened. The victory fully displayed the Chinese people's unyielding spirit and indomitable will as we united as one" XI Jinping, *Carry forward the spirit of the war to resist US aggression and Aid Korea in the Great Historic Struggle*, in: *In The Governance of China IV*, Beijing: Foreign Languages Press Co. Ltd., 2022, p. 83. Confirma que "The California campaign against opium was in many ways a thinly disguised campaign against the Chinese. Similarly, the later laws against marijuana were colored by the prejudice against Mexican-Americans" FRIEDMAN, L., *Total Justice*, NY: Russel Sage Foundation, 1994, p. 137

¹¹¹⁸ BEARE, M.; WOODIWISS, M. U.S. Organized Crime ..., *cit.*, p. 548.

¹¹¹⁹ La doctrina señala el artículo 3 como pieza central: Article 3 OFFENCES AND SANCTIONS 1. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally: a) i) The production, manufacture, extraction; preparation, offering, offering for sale, distribution, sale, delivery on any terms whatsoever, brokerage, dispatch, dispatch in transit, transport, importation or exportation of any narcotic drug or any psychotropic substance contrary to the provisions of the 1961 Convention, the 1961 Convention as amended or the 1971 Convention; ii) The cultivation of opium poppy, coca bush or cannabis plant for the purpose of the production of narcotic drugs contrary to the provisions of the 1961 Convention and the 1961 Convention as amended; iii) The possession or purchase of any narcotic drug or psychotropic substance for the purpose of any of the activities enumerated in i) above; iv) The manufacture, transport or distribution of equipment, materials or of substances listed in Table I and Table II, knowing that they are to be used in or for the illicit cultivation, production or manufacture of narcotic drugs or psychotropic substances; v) The organization, management or financing of any of the offences enumerated in i), ii), iii) or iv) above; b) (...). UNITED NATIONS,. *United Nations Convention Against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic Substances*. [Viena]: UN, 1989. Disponible em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

drogas y, en consecuencia, un obstáculo para la búsqueda de políticas alternativas de control de drogas¹¹²⁰.

La Convención mencionada en el párrafo anterior fue prácticamente simultánea a las respuestas internacionales a los efectos de la globalización y el colapso de la Unión Soviética. En este contexto, la opinión pública buscaba fórmulas para comprender el fenómeno de la delincuencia organizada. Así, la literatura de la época estableció tres perspectivas fundamentales: la delincuencia organizada como corporaciones multinacionales de criminales, como una amenaza para la seguridad internacional y como un fenómeno que requiere la adopción de las mejores técnicas —es decir, las técnicas estadounidenses— para un enfrentamiento global con la delincuencia organizada¹¹²¹.

Aunque existen estudios y debates sobre la delincuencia organizada en Europa que se remontan a la época de Lombroso, puede identificarse un reconocimiento de las organizaciones delictivas como un grave problema europeo, con la consiguiente producción de legislación sobre el tema, a partir del Tratado de Maastrich¹¹²². Al establecer disposiciones sobre la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, el Tratado¹¹²³, aunque no menciona expresamente la "delincuencia organizada", hace referencia a actividades que ahora se asocian automáticamente con esta figura colectiva, como el tráfico de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional. Ya a mediados de los años ochenta, Europa se planteaba la cuestión de cómo hacer frente a estos delitos.

Las respuestas pueden dividirse en distintas iniciativas¹¹²⁴. En primer lugar, destaca la importancia del Acuerdo de Schengen. De hecho, la integración del Benelux

¹¹²⁰ BEARE, M.; WOODIWISS, M. U.S. Organized Crime ..., *cit.*, p. 551.

¹¹²¹ BEARE, M.; WOODIWISS, M. U.S. Organized Crime ..., *cit.*, p. 551-552.

¹¹²² FIJNAUT, C. European Union Organized Crime Control Policies. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 572.

¹¹²³ Artigo K É instituída uma cooperação nos domínios da Justiça e dos assuntos internos, regida pelas disposições seguintes. Artigo K.1

Para a realização dos objectivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios:

1) A política de asilo; (...) 4) A luta contra a toxicomania, na medida em que esse domínio não esteja abrangido pelos pontos 7, 8 e 9 do presente artigo; 5) A luta contra a fraude de dimensão internacional, na medida em que esse domínio não esteja abrangido pelos pontos 7, 8 e 9 do presente artigo; (...) 9) A cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol).

¹¹²⁴ FIJNAUT, C. European Union Organized ..., *cit.*, p. 574.

con Alemania Occidental y Francia facilitó la cooperación policial y judicial entre los Estados, y también mejoró el sistema de intercambio de información entre las autoridades policiales, por ejemplo, mediante el establecimiento del *Schengen Information System*¹¹²⁵. En segundo lugar, se introdujeron reformas en la *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*¹¹²⁶. Esto promovió no solo la obligación de legislar para combatir el blanqueo de capitales, sino que también garantizó que las instituciones financieras registraran e informaran de las transacciones sospechosas a las autoridades competentes¹¹²⁷. En tercer lugar, cabe destacar la creación de Europol. La *Convention Based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention)*, aunque no se refiere específicamente a la delincuencia organizada, menciona las actividades ilícitas de tráfico de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional¹¹²⁸.

Es importante recordar que los asesinatos de Giovanni Falcone y Paolo Borsellino a manos de la mafia en 1992 marcaron un punto de inflexión en la política europea sobre delincuencia organizada. En Bruselas, los ministros europeos de Justicia e Interior organizaron un *Ad Hoc Working Group on International Organised Crime*, cuya tarea consistía en elaborar una serie de recomendaciones en un plazo de seis meses. Los ministros consideraron entonces que la mafia italiana representaba una amenaza particular para la seguridad europea, entre otras razones porque, poco antes de su

¹¹²⁵ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 574.

¹¹²⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*. Strasbourg: [CEST], n. 141, 1990. Disponible en: <https://rm.coe.int/168007bd23>. Acceso en: 26 set. 2023.

¹¹²⁷ “Chapter II – Measures to be taken at national level (...)

Article 4 – Special investigative powers and techniques; 1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its courts or other competent authorities to order that bank, financial or commercial records be made available or be seized in order to carry out the actions referred to in Articles 2 and 3. A Party shall not decline to act under the provisions of this article on grounds of bank secrecy. 2 Each Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to enable it to use special investigative techniques facilitating the identification and tracing of proceeds and the gathering of evidence related thereto. Such techniques may include monitoring orders, observation, interception of telecommunications, access to computer systems and orders to produce specific documents”. Cf. FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 574.

¹¹²⁸ “Article 2: Objective: 1. The objective of Europol shall be, within the framework of cooperation between the Member States pursuant to Article K.1(9) of the Treaty on European Union, to improve, by means of the measures referred to in this Convention, the effectiveness and cooperation of the competent authorities in the Member States in preventing and combating terrorism, unlawful drug trafficking and other serious forms of international crime where there are factual indications that an organized criminal structure is involved and two or more Member States are affected by the forms of crime in question in such a way as to require a common approach by the Member States owing to the scale, significance and consequences of the offences concerned”. Cf. FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 574.

ejecución, Falcone dio una conferencia en Alemania en la que advirtió que los tentáculos de la mafia podían extenderse más allá de las fronteras italianas¹¹²⁹.

Al mismo tiempo, a principios de los años noventa, con la caída de la Unión Soviética, investigadores, autoridades policiales y parlamentarios creían que la delincuencia organizada en Occidente aumentaría significativamente. La caída del *Iron Curtain* implicaba que las actividades de las organizaciones delictivas podrían expandirse por Europa Occidental. Por tanto, ante la imposibilidad de que los Estados hicieran frente por sí solos a esta nueva criminalidad, resultaba urgente una respuesta coordinada entre los países¹¹³⁰.

Al presentar sus recomendaciones, el *Ad Hoc Working Group* no se limitó a la mafia italiana, sino de la delincuencia organizada en general. No obstante, el concepto adoptado de delincuencia organizada estaba fuertemente influido por la imagen de la Mafia. La delincuencia organizada, según el *Working Group*, era duramente jerárquica; operaba en el mercado legal y en el negro; realizaba operaciones transfronterizas; tenía influencia política, mediática y económica; controlaba territorios; disponía de recursos financieros para adquirir la experiencia y la infraestructura necesarias para sus operaciones; y estaba dispuesta a utilizar la violencia y la corrupción para lograr sus objetivos¹¹³¹. Entre las recomendaciones del *Working Group* figuraban la mejora de la cooperación jurídica entre países, la adopción de un concepto común de delincuencia organizada y la armonización de las competencias especiales de investigación¹¹³².

El Tratado de Ámsterdam abordó con más detalle las políticas relativas a la delincuencia organizada¹¹³³. El '*Treaty on European Union as amended by the Treaty of Amsterdam*' sentó las bases de la cooperación jurídica y policial en la lucha contra la delincuencia. El objetivo era seguir las recomendaciones de los estudios que proponían

¹¹²⁹ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 575.

¹¹³⁰ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 575.

¹¹³¹ *Idem*, p. 576.

¹¹³² *Idem*, p. 576.

¹¹³³ Consolidated Version of the Treaty on European Union. Title VI - Provisions on police and judicial cooperation in criminal matters. Article 29: Without prejudice to the powers of the European Community, the Union's objective shall be to provide citizens with a high level of safety within an area of freedom, security and justice by developing common action among the Member States in the fields of police and judicial cooperation in criminal matters and by preventing and combating racism and xenophobia. That objective shall be achieved by preventing and combating crime, **organised or otherwise, in particular terrorism, trafficking in persons and offences against children, illicit drug trafficking and illicit arms trafficking, corruption and fraud**, through: (...) - approximation, where necessary, of rules on criminal matters in the Member States, in accordance with the provisions of Article 31 (e).

una mayor cooperación técnica y aproximaciones en términos de respuestas punitivas¹¹³⁴. La idea central era que los países debían integrar la prevención, la investigación y la persecución para combatir adecuadamente la delincuencia organizada. Las orientaciones políticas esbozadas entonces indicaban: armonización legislativa, asistencia recíproca en materia penal, creación de grupos multidisciplinarios que se ocuparan de políticas concretas para hacer frente al crimen organizado. Además, se hizo hincapié en la importancia de atajar la corrupción y controlar la participación en los procesos de licitación¹¹³⁵.

Otros estudios sobre la delincuencia organizada demostraron que estaba aumentando en Europa. Se dice que los grupos delictivos se infiltran en todos los ámbitos de la sociedad, aprovechando la libre circulación de capitales, bienes, personas y servicios, así como las diferencias legislativas entre los distintos Estados. Ante la amenaza que representa la delincuencia organizada, es necesaria una respuesta coordinada, por lo que instituciones como Europol, la Red Judicial Europea y los Estados miembros deben alinearse. En su reunión de Tampere (Finlandia), el Consejo Europeo reafirmó su objetivo de adoptar medidas concretas contra la delincuencia organizada. Se elaboraron 39 recomendaciones detalladas que resumían once objetivos, básicamente buscando fortalecer la cooperación entre países para “collection and analysis of data on organised crime”, conjugar la producción legislativa al *law enforcement*, como la Europol, y fortalecer la doctrina del *follow the money*, con el objetivo de “to trace, freeze, seize and confiscate the proceeds of crime.”¹¹³⁶

Las evaluaciones del llamado "Tampere Programme" pusieron de manifiesto que aún quedaba mucho por hacer para garantizar que las políticas y su aplicación siguieran el ritmo de la evolución y las tendencias de la delincuencia organizada. Por ello se elaboró el "*Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union*"¹¹³⁷. La lucha contra la delincuencia organizada no era, de hecho, un "major

¹¹³⁴ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 577.

¹¹³⁵ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 577-578.

¹¹³⁶ The prevention and control of organised crime: a strategy for the beginning of the new millennium. EUROPEAN UNION (EU). *Organised crime: strategy for the prevention and control of organised crime*. [s/l]: EU, 2006. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/organised-crime-strategy-for-the-prevention-and-control-of-organised-crime.html>. Acesso em: 27 set 2023. Vease tambien: FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 578-579.

¹¹³⁷ EUROPEAN UNION (EU). *The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*. [Hague]: EU, 2005. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52005XG0303%2801%29>. Acesso em: 27 set. 2023.

separate theme" del programa; sin embargo, el Programa de La Haya establecía medidas que podían relacionarse fácilmente con la cuestión, como el "principle of availability", cuya función básica es el intercambio de información entre autoridades de distintos países¹¹³⁸. Además, se animó a los Estados a hacer un mayor uso de Europol¹¹³⁹.

Con el Tratado de Lisboa, la responsabilidad en materia de "libertad, seguridad y justicia" se comparte entre los Estados miembros y la Unión Europea. En otras palabras, en el proceso de toma de decisiones sobre estas cuestiones participan la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. Otro cambio importante introducido por el Tratado es que, salvo algunas excepciones, los Estados miembros pueden adoptar resoluciones por mayoría, siendo excepcional el requisito de la unanimidad¹¹⁴⁰. De este modo, la Unión Europea ya no se limita a desarrollar programas políticos en los ámbitos de la libertad, la seguridad y la justicia, sino que ahora está autorizada a estipular cómo deben aplicar realmente estos programas los Estados miembros y a comprobar que efectivamente se aplican, y cómo lo hacen¹¹⁴¹. Esto no significa, por supuesto, que los Estados miembros

¹¹³⁸ Véase: EUROPEAN UNION (EU). *The Hague Programme...*, cit.

¹¹³⁹ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 580-581.

¹¹⁴⁰ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 582. Cf. Consolidated Texts of the EU Treaties as Amended by the Treaty of Lisbon. TITLE V. Area of Freedom, Security and Justice. CHAPTER 1. GENERAL PROVISIONS. "Article 67 1. The Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States. 2. It shall ensure the absence of internal border controls for persons and shall frame a common policy on asylum, immigration and external border control, based on solidarity between Member States, which is fair towards third-country nationals. For the purpose of this Title, stateless persons shall be treated as third-country nationals. 3. The Union shall endeavour to ensure a high level of security through measures to prevent and combat crime, racism and xenophobia, and through measures for coordination and cooperation between police and judicial authorities and other competent authorities, as well as through the mutual recognition of judgments in criminal matters and, if necessary, through the approximation of criminal laws. 4. The Union shall facilitate access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions in civil matters.

Article 68 The European Council shall define the strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice. [...]

Article 70 Without prejudice to Articles 258, 259 and 260, the Council may, on a proposal from the Commission, adopt measures laying down the arrangements whereby Member States, in collaboration with the Commission, conduct objective and impartial evaluation of the implementation of the Union policies referred to in this Title by Member States' authorities, in particular in order to facilitate full application of the principle of mutual recognition. The European Parliament and national Parliaments shall be informed of the content and results of the evaluation.

Article 71 A standing committee shall be set up within the Council in order to ensure that operational cooperation on internal security is promoted and strengthened within the Union. Without prejudice to Article 240, it shall facilitate coordination of the action of Member States' competent authorities. Representatives of the bodies, offices and agencies of the Union concerned may be involved in the proceedings of this committee. The European Parliament and national Parliaments shall be kept informed of the proceedings". Texto integral disponível em: <
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228848/7310.pdf > acesso em 28 set. 23.

¹¹⁴¹ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 582-583.

hayan reducido su autonomía en materia de seguridad interior. El Tratado de Lisboa no convierte a Europol en una fuerza policial que pueda, por voluntad propia, llevar a cabo investigaciones criminales en territorios europeos¹¹⁴².

Al igual que el Tratado de Ámsterdam dio lugar al Programa de Tampere, el Tratado de Lisboa originó el *Stockholm Programme - An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens*. El Programa de Estocolmo establece directrices detalladas sobre cómo controlar todas las formas de delincuencia transnacional y, en consecuencia, fija principios básicos para la cooperación jurídica y policial entre los Estados miembros¹¹⁴³.

Según Fijnaut¹¹⁴⁴, cabe destacar cinco aspectos clave del Programa. En primer lugar, el Consejo Europeo y la Comisión Europea deben definir una Estrategia de Seguridad Interior (*ESI*) basada en una clara delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, el respeto de los derechos fundamentales, la cooperación entre agencias, la aplicación de medidas preventivas contra la delincuencia y una eficaz cooperación regional¹¹⁴⁵. En segundo lugar, el Programa subraya la necesidad de desarrollar una *cultura común* de *law enforcement*; en particular, señala la importancia de crear una *EU Information Management Strategy*, que debería diseñarse

¹¹⁴² “Article 88 1. Europol’s mission shall be to support and strengthen action by the Member States’ police authorities and other law enforcement services and their mutual cooperation in preventing and combating serious crime affecting two or more Member States, terrorism and forms of crime which affect a common interest covered by a Union policy. 2. The European Parliament and the Council, by means of regulations adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, shall determine Europol’s structure, operation, field of action and tasks. These tasks may include: (a) the collection, storage, processing, analysis and exchange of information, in particular that forwarded by the authorities of the Member States or third countries or bodies; (b) the coordination, organisation and implementation of investigative and operational action carried out jointly with the Member States’ competent authorities or in the context of joint investigative teams, where appropriate in liaison with Eurojust. These regulations shall also lay down the procedures for scrutiny of Europol’s activities by the European Parliament, together with national Parliaments. 3. Any operational action by Europol must be carried out in liaison and in agreement with the authorities of the Member State or States whose territory is concerned. The application of coercive measures shall be the exclusive responsibility of the competent national authorities”. Cf. FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 583.

¹¹⁴³ *Idem*, p. 583. Cf. 4. A Europe that Protects. In: EUROPEAN UNION (EU). *The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens*. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:115:FULL>. Acesso em: 28 set. 23.

¹¹⁴⁴ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 583-584.

¹¹⁴⁵ “4.1. Internal Security Strategy. The European Council is convinced that the enhancement of actions at European level, combined with better coordination with actions at regional and national level, are essential to protection from trans-national threats. Terrorism and organised crime, drug trafficking, corruption, trafficking in human beings, smuggling of persons and trafficking in arms, inter alia, continue to challenge the internal security of the Union. Cross-border wide-spread crime has become an urgent challenge which requires a clear and comprehensive response. Action of the Union will enhance the work carried out by Member States’ competent authorities and will improve the outcome of their work”. EUROPEAN UNION (EU). *The Stockholm Programme...*, cit.

teniendo en cuenta la protección de los datos personales¹¹⁴⁶. En tercer lugar, concede gran relevancia a la cooperación en la aplicación transfronteriza de la ley: *Europol* y *Eurojust* deberían participar activamente en la operatividad de esta cooperación y la Unión debería promover los *Joint Police and Customs Centres*¹¹⁴⁷, incluso a través de programas de financiación. En cuarto lugar, el Programa reconoce que la delincuencia organizada es un fenómeno cada vez más globalizado, lo que hace imprescindible dotar a las fuerzas y cuerpos de seguridad de medios eficaces para operar más allá de las fronteras y jurisdicciones¹¹⁴⁸. Además, enumera algunos delitos que deberían ser objeto de especial atención por parte de las autoridades europeas en los próximos años: trata de seres humanos, explotación sexual de menores, ciberdelincuencia, tráfico de drogas, delincuencia económica y corrupción. Junto con esta lista, se incluyen recomendaciones específicas para cada tipo de delito¹¹⁴⁹. Por último, el Programa destaca la importancia del control de la delincuencia organizada a través de medidas administrativas y de la cooperación entre autoridades administrativas¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ “4.2.1. Forging a common culture. The European Council stresses the need to enhance mutual trust between all the professionals concerned at national and Union level. A genuine European law enforcement culture should be developed through exchange of experiences and good practice as well as the organisation of joint training courses and exercises in line with Chapter 1.2.6. The European Council encourages Member States to devise mechanisms that gives incentives to professionals for taking up duties related to cross-border cooperation and thereby favour the creation of a Union-wide response at all levels”. EUROPEAN UNION (EU). *The Stockholm Programme...*, *cit.*

¹¹⁴⁷ “4.3. Effective policies 4.3.1. More effective European law enforcement cooperation. The prime objective of Union law enforcement cooperation is to combat forms of crime that have typically a cross-border dimension. Focus should not only be placed on combating terrorism and organised crime but also cross-border widespread crime that have a significant impact on the daily life of the citizens of the Union. Europol should become a hub for information exchange between the law enforcement authorities of the Member States, a service provider and a platform for law enforcement services. The European Council encourages Member States’ competent authorities to use the investigative tool of Joint Investigative Teams (JITs) as much as possible in appropriate cases. Europol and Eurojust should be systematically involved in major cross-border operations and informed when JITs are set up. EUROPEAN UNION (EU). *The Stockholm Programme...*, *cit.*

¹¹⁴⁸ “4.4. Protection against serious and organised crime 4.4.1. Combating serious and organised crime As organised crime continues to become more globalised, it is increasingly important that law enforcement has the ability to work effectively across borders and jurisdictions. The Union can bring real added value to the fight against certain types of threat that require a high level of coordinated action. The fight against these criminal phenomena will involve systematic exchange of information, widespread use of the Union agencies and investigative tools and, where necessary, the development of common investigative and prevention techniques and increased cooperation with third countries”. The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens. EUROPEAN UNION (EU). *The Stockholm Programme...*, *cit.*

¹¹⁴⁹ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, *cit.*, p. 584.

¹¹⁵⁰ “4.3.2. More effective crime prevention The best way to reduce the level of crime is to take effective measures to prevent them from ever occurring, including promoting social inclusion, by using a multidisciplinary approach which also includes taking administrative measures and promoting cooperation between administrative authorities, citizens of the Union that have similar experiences and are affected in similar ways by crime and related insecurity in their everyday lives. The awareness of the links between local crime and organised crime and its complex cross-border dimensions is increasing.”. The Stockholm

Se trata de un cambio de paradigma en el contexto europeo, ya que, tradicionalmente, la Unión Europea se había centrado en medidas de represión penal frente a la delincuencia organizada. La idea de que las autoridades nacionales puedan desempeñar un papel central en la prevención y represión de estos delitos es relativamente novedosa en los círculos de Bruselas¹¹⁵¹.

En resumen, en las últimas décadas, la política europea en materia de delincuencia organizada ha evolucionado desde una preocupación difusa sobre sus posibles repercusiones en los mercados interiores hasta un conjunto de directrices coherentes y alineamientos institucionales para definir y aplicar estrategias concretas de lucha contra las organizaciones delictivas¹¹⁵².

Es cierto que, al analizar los elementos más específicos en la lucha contra el crimen organizado, Italia se destaca dentro de Europa como un paradigma de innovación legislativa, especialmente por la creación de instrumentos específicos para combatir las organizaciones mafiosas. En este sentido, el Código Penal italiano, además de la figura de *Associazione per delinquere*¹¹⁵³, establece el delito de *Associazione di tipo mafioso*¹¹⁵⁴, que penaliza la mera pertenencia a una asociación mafiosa, descrita normativamente desde una perspectiva sociológica¹¹⁵⁵.

Las penas previstas son severas y el régimen de cumplimiento de la condena presenta características particulares. De hecho, los condenados por pertenencia a una asociación de tipo mafioso no pueden beneficiarse de penas alternativas a la prisión. Además, los contactos entre los reclusos y entre estos y el mundo exterior deben ser restringidos y controlados, ya que, de lo contrario, existiría la posibilidad de que, aun

Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens. EUROPEAN UNION (EU). *The Stockholm Programme...*, cit.

¹¹⁵¹ FIJNAUT, C. *European Union Organized ...*, cit., p. 584.

¹¹⁵² *Idem*, p. 586-587.

¹¹⁵³ Art. 416. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori. Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.(...)

¹¹⁵⁴ Art. 416-bis. Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni. (...) Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

¹¹⁵⁵ LA SPINA, A. *The Fight Against the Italian Mafia*. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 594.

detenido, el individuo continuara ejerciendo influencia sobre la organización¹¹⁵⁶. De manera similar, en la legislación estadounidense, la *Bail Reform Act* de 1984 permitió la detención preventiva en los casos en los que no existieran condiciones razonables para garantizar la comparecencia del acusado ante el tribunal o para proteger la seguridad de otras personas¹¹⁵⁷.

Fuera de Europa y en el mundo occidental, es evidente que, por el momento, son los Estados Unidos los protagonistas en materia de legislación contra el crimen organizado. Aunque no se conoce bien el motivo, se sabe que *J. Edgar Hoover*, director del *FBI* entre 1924 y 1972, no consideraba que el crimen organizado, tal como se entiende hoy, debiera ser una prioridad para la agencia, que debía centrarse en combatir el comunismo y las actividades subversivas. Sin embargo, a partir de la década de 1970, el *FBI* comenzó a recopilar información sobre los grupos mafiosos y sus vínculos con el narcotráfico¹¹⁵⁸. Así, se enfocó en identificar y cartografiar a los miembros, la jerarquía, las actividades delictivas y las operaciones comerciales de organizaciones criminales como *La Cosa Nostra*. En este contexto, la vigilancia electrónica se convirtió en una herramienta de investigación fundamental¹¹⁵⁹. La *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968 fue clave para regular las escuchas telefónicas y la vigilancia electrónica. Para obtener la autorización judicial, el fiscal debía convencer al magistrado de que existía una *causa probable* para considerar que la vigilancia electrónica podía ser útil, tras el fracaso de los métodos de investigación tradicionales¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ *Idem*, p. 598.

¹¹⁵⁷ “18 U.S. Code § 3142 - Release or detention of a defendant pending trial - (e) (1): If, after a hearing pursuant to the provisions of subsection (f) of this section, the judicial officer finds that no condition or combination of conditions will reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of any other person and the community, such judicial officer shall order the detention of the person before trial”. Ver: JACOBS, J. B.; WYMAN, E. D. *Organized Crime Control in the United States of America*. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 536.

¹¹⁵⁸ Cf. BEARE, M.; WOODIWISS, M. *U.S. Organized Crime Control...*, *cit.*, p. 547.

¹¹⁵⁹ Title III - Wiretapping and Electronic Surveillance - Sec.801. On the basis of its own investigations and of published studies, the Congress makes the following findings: (a) Wire communications are normally conducted through the use of facilities which form part of an interstate network. (...) (c) Organized criminals make extensive use of wire and oral communications in their criminal activities. The interception of such communications to obtain evidence of the commission of crimes or to prevent their commission is an indispensable aid to law enforcement and the administration of justice. (d) To safeguard the privacy of innocent persons, the interception of wire or oral communications where none of the parties to the communication has consented to the interception should be allowed only when authorized by a court of competent jurisdiction and should remain under the control and supervision of the authorizing court. Interception of wire and oral communications should further be limited to certain major types of offenses and specific categories of crime with assurances that the interception is justified and that the information obtained thereby will not be misused.

¹¹⁶⁰ JACOBS, J. B.; WYMAN, E. D. *Organized Crime Control...*, *cit.*, p. 531-533.

Además de la mera represión, también se introdujo la posibilidad de adoptar medidas preventivas contra la delincuencia organizada. En este sentido, la doctrina hace referencia a las operaciones con agentes encubiertos¹¹⁶¹. Sin embargo, aunque también pueden tener un carácter preventivo, la figura del agente encubierto se emplea principalmente para obtener inteligencia y pruebas sobre delitos penales. En Estados Unidos, corresponde al *FBI* decidir sobre el uso de agentes encubiertos en organizaciones criminales, sin necesidad de autorización judicial¹¹⁶².

La doctrina también señala la necesidad de adoptar técnicas financieras para combatir la delincuencia organizada. El concepto de control del crimen por medios financieros se basa en tres elementos centrales: (I) rastreo de activos (*tracing of assets*), (II) bloqueo provisional (*seizing*) y (III) recuperación definitiva (*confiscation*)¹¹⁶³. De hecho, ciertos bienes pueden considerarse sospechosos de proceder de actividades delictivas cuando su valor resulta incompatible con los ingresos declarados por una persona¹¹⁶⁴.

Las estrategias de orientación financiera fueron criticadas en sus inicios. Se argumentó, por ejemplo, que representaban una *americanización de la justicia*, una crítica que todavía se mantiene en relación con el uso de la delación. La controversia, en definitiva, deriva del carácter draconiano de las medidas de confiscación. De hecho, es posible que algunas de estas medidas hubieran sido consideradas incompatibles con los actuales estándares de derechos humanos si no se aplicaran para reprimir una grave amenaza: la delincuencia organizada. La *European Court of Human Rights* ha reconocido la amenaza mafiosa al declarar admisible el régimen italiano de confiscación¹¹⁶⁵.

Siguiendo con el aspecto financiero de la lucha contra la delincuencia organizada, el control y seguimiento de transacciones sospechosas ha adquirido cada vez más relevancia en la doctrina del *follow the money*. De hecho, las actividades delictivas buscan ocultar el origen ilícito de bienes o valores, como los procedentes del tráfico de estupefacientes o la extorsión. Así, la investigación se centra en la transacción en sí y no

¹¹⁶¹ LA SPINA, A. The Fight Against the Italian Mafia. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 595.

¹¹⁶² JACOBS, J. B.; WYMAN, E. D. *Organized Crime Control...*, cit., p. 535.

¹¹⁶³ KILCHLING, M. Finance-Oriented Strategies of Organized Crime Control. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 658.

¹¹⁶⁴ LA SPINA, A. The Fight Against the Italian Mafia ..., cit., p. 595.

¹¹⁶⁵ KILCHLING, M. Finance-Oriented Strategies ..., cit., p. 666.

exclusivamente en las personas que la realizan. De ahí la importancia de las normas que obligan a bancos y otros actores financieros a notificar operaciones sospechosas¹¹⁶⁶.

Sin embargo, las mayores innovaciones legislativas en la lucha contra la delincuencia organizada han sido las denominadas *flexibilidades procesales*¹¹⁶⁷, especialmente en lo que respecta a los testimonios especiales. Este concepto hace referencia, principalmente, a la mayor o menor discrecionalidad para **negociar acuerdos** con testigos o delatores. Debido a las frecuentes amenazas que enfrentan quienes colaboran con la justicia, es necesario adoptar medidas que garanticen su seguridad. Así, en Estados Unidos, la *Organized Crime Control Act* de 1970 estableció el *Witness Security Program*, cuyo objetivo es garantizar la protección del testigo durante todo el proceso judicial e incluso tras la ejecución de la sentencia, proporcionándole vivienda, empleo y nuevas identidades para evitar represalias¹¹⁶⁸¹¹⁶⁹.

El uso de delatores e informantes ha sido una de las estrategias distintivas en la lucha contra el crimen organizado en Estados Unidos. En virtud de la legislación estadounidense, no se requiere autorización judicial para la contratación y utilización de informantes, muchos de los cuales están involucrados en actividades delictivas. Dado lo difícil que resulta que un miembro de una organización criminal decida colaborar con el Estado, se le ofrecen beneficios judiciales, en particular reducción de pena y protección estatal tras la delación¹¹⁷⁰.

En Italia, existe la figura del *pentito*, es decir, la persona involucrada en organizaciones criminales que, tras ser detenida, decide colaborar con el Estado. Además del riesgo personal que esto conlleva, por la amenaza de venganza con muerte al delator, los familiares del delator pueden ser objeto de represalias por parte de otros miembros del grupo. Así, la autoridad estatal, además de evaluar la credibilidad del testimonio, debe garantizar la seguridad de todas las personas potencialmente amenazadas. Al igual que en

¹¹⁶⁶ LA SPINA, A. *The Fight Against the Italian Mafia ...*, cit., p. 596.

¹¹⁶⁷ Que, por supuesto, tienen un impacto en la punibilidad.

¹¹⁶⁸ JACOBS, J.; WYMAN, E. D. *Organized Crime Control in the United States of America*. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 535.

¹¹⁶⁹ *Idem*, p. 535.

¹¹⁷⁰ JACOBS, J.; WYMAN, E. D. *Organized Crime Control in the United States of America*. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 535.

el modelo estadounidense, el programa italiano proporciona a los delatores y a sus familias los medios básicos para vivir en condiciones seguras¹¹⁷¹.

Debido a la posible falta de credibilidad de los testimonios de los delatores, la *Legge 13 febbraio 2001, n. 45* modificó el *decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8*, introduciendo cambios en el tratamiento de los colaboradores de justicia. Con la nueva legislación, el testigo debe declarar los bienes adquiridos ilícitamente, con el fin de incrementar la credibilidad de su testimonio; sus declaraciones deben ser corroboradas con otras pruebas durante la investigación procesal; el acuerdo de colaboración no puede implicar impunidad total, ya que se exige el cumplimiento de una pena mínima; y se restringe la posibilidad de coordinar declaraciones entre testigos, imputados y otras partes interesadas. Además, se limita la posibilidad de aportar nuevas declaraciones con posterioridad. La razón de esta restricción, según la doctrina, es que era común que, tiempo después del "arrepentimiento" inicial, el delator recordara hechos que, en teoría, debería haber declarado desde el principio¹¹⁷².

Los juicios a miembros de organizaciones criminales también han impulsado ajustes procesales en la legislación italiana. Por ejemplo, con el objetivo de garantizar un uso más eficaz de la información, se ha permitido la comunicación de pruebas entre distintos juicios, lo que constituye un concepto clave. Asimismo, se han implementado los interrogatorios virtuales, garantizando que individuos peligrosos permanezcan en prisiones de máxima seguridad durante el acto. Además, la *Legge 1° marzo 2001, n. 63* estableció que el acusado-testigo, cuando haga una declaración que implique exclusivamente a otra persona, será advertido de que, en relación con esa declaración,

¹¹⁷¹ LA SPINA, A. *The Fight Against the Italian Mafia ...*, cit., p. 596.

¹¹⁷² En este sentido, LA SPINA, A. *The Fight Against the Italian Mafia ...*, cit., p. 596-597. Ver: *Legge 13 febbraio 2001, Art. 14. 1.* Dopo l'articolo 16-ter del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, introdotto dall'articolo 12 della presente legge, è inserito il seguente Capo: «Capo II-ter. - NUOVE NORME PER IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO DI COLORO CHE COLLABORANO CON LA GIUSTIZIA Art. 16-quater. - (Verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione) - 1. Ai fini della concessione delle speciali misure di protezione di cui al Capo II, nonchè per gli effetti di cui agli articoli 16-quinquies e 16-nonies, la persona che ha manifestato la volontà di collaborare rende al procuratore della Repubblica, entro il termine di centottanta giorni dalla suddetta manifestazione di volontà, tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato nonchè degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perchè possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente. (...) 4. 9. Le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 4 rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria oltre il termine previsto dallo stesso comma 1 non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante, salvo i casi di irripetibilità.

solo será tratado como testigo y deberá cumplir con los deberes correspondientes a esa condición¹¹⁷³. Se trata de un paso más en el perfeccionamiento del sistema procesal.

Combatir eficazmente la delincuencia organizada requiere apoyo político. Históricamente, las medidas de *law enforcement* se han visto seriamente debilitadas en regiones con altos niveles de corrupción política y policial¹¹⁷⁴. Asimismo, existe una relación entre las zonas con fuerte presencia del crimen organizado y la desigualdad social. En Italia, por ejemplo, las cuatro regiones con menor desarrollo socioeconómico coinciden con aquellas donde las mafias ejercen mayor influencia. Por ello, las estrategias no penales para combatir el crimen organizado incluyen la difusión de una cultura de legalidad, el fortalecimiento de la sociedad civil y, por supuesto, el desarrollo social y económico de las zonas afectadas, lo que implica también la protección de los recursos medioambientales y culturales de la región¹¹⁷⁵.

Exponer más detalles sobre la realidad del crimen organizado en Europa sería una tarea criminológica que desviaría el análisis del tema principal. Sin embargo, en lo que respecta al instituto de la delación premiada, resulta relevante señalar su diferencia con la criminalidad en Latinoamérica. Esto no supone un análisis criminológico exhaustivo del continente, pero sí permite explicar por qué la introducción de este mecanismo fue mucho más sencilla allí. Y esta diferencia, cabe adelantarse, no se explica únicamente por una *norteamericanización* de la justicia: la realidad del sur del continente americano presenta peculiaridades importantes que influyen, si no en el concepto, al menos en la percepción de lo que constituye una organización criminal.

Es precisamente esta cuestión la que se abordará a continuación.

¹¹⁷³ Legge 1° marzo 2001, n. 63. Art. 2. 1. All'articolo 64 del codice di procedura penale, il comma 3 è sostituito dai seguenti: “3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis. 3-bis. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone”. Ver: LA SPINA, A. *The Fight Against the Italian Mafia...*, cit., p. 597-598.

¹¹⁷⁴ JACOBS, J.; WYMAN, E. D. *Organized Crime Control ...*, cit., p. 532.

¹¹⁷⁵ LA SPINA, A. *The Fight Against the Italian Mafia ...*, cit., p. 600.

5.9 La criminalidad organizada en Latinoamérica. Algunos puntos específicos

No cabe duda de que, en el ámbito filosófico o dogmático, las diferencias culturales o geográficas influyen en la investigación del objeto. Como se señala en la ya clásica obra de Hurtado Pozo¹¹⁷⁶, la interpretación de la norma reverbera de modo distinto en cada cultura que la interpreta y aplica. No obstante, al estar más cercana a la lógica formal, la dogmática es menos susceptible a la fluctuación de los valores entre quienes deben seguir la norma primaria o, en su caso, ejecutar su precepto secundario¹¹⁷⁷.

Con todo, al aventurarse a tratar temas específicos relacionados con la criminología, es necesario construir un apéndice que presente las diferencias entre la criminalidad organizada latinoamericana y la europea, siempre con la conciencia de que ambas también presentan matices internos y que distinguir fenómenos criminales por continentes es, en sí mismo, un reduccionismo significativo. Debemos asumir ese riesgo de incompletitud, por lo que aquí postulamos lo siguiente: al considerar la delación como una respuesta al enemigo, la gravedad del ataque y las condiciones en las que el Estado se encuentra amenazado se incluyen en la dogmática, como parte de ese estado de excepción o válvula de escape que el perdón y la justicia premial representan. Ahora bien, las diferencias en las condiciones del Estado son claramente marcadas entre continentes.

Estudiar las condiciones que permiten una criminalidad organizada no solo más intensa, sino con rasgos únicos, en el continente sudamericano demandaría muchas páginas de estudios multidisciplinarios, además de un método propio que aquí no sería posible reproducir. De manera meramente expositiva, sin embargo, es posible destacar

¹¹⁷⁶ Así, Hurtado, en su ya clásica obra, nos habla del concepto de ‘recepción’, que “es la adopción consciente de un derecho, surgido y desarrollado en un clima sociocultural determinado, por parte del legislador de otra sociedad como derecho vigente de ésta. Así comprendida la recepción, y teniendo en cuenta que se trata de un caso de difusión cultural, como aquí se ha señalado anteriormente, cabe constatar que, actualmente, constituye un medio al cual recurren con frecuencia los legisladores con el fin de reformar o reestructurar sus sistemas jurídicos. Sin embargo, la complejidad del fenómeno de la recepción no puede ser reducida al simple acto legislativo. Incurrir en este error significa no tener en cuenta su naturaleza de hecho social, cuyas causas deben ser explicadas y sus efectos debidamente apreciados.” (HURTADO POZO, J. *La Ley Importada: recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: CEDYS Editorial, 1979, p. 21).

¹¹⁷⁷ Como se ha dicho, hay factores que explican el protagonismo Latinoamericano en la delación premiada, y la necesidad de combate es una de ellas. Sin embargo, es la única diferencia para el instituto: la falta de confianza en el Estado y la situación gregaria agrava la figura del traidor. El miedo constante a dictaduras es elemento que ya se ha tomado en cuenta en otros momentos.

algunos elementos de las condiciones regionales que, en gran medida, explican el avanzado estado de sus organizaciones criminales. No hace falta repetir que son estas condiciones las que han transformado la región en un campo fértil para la adopción de leyes destinadas a combatir este tipo de enfrentamiento orquestado contra la ley, cuyo eje principal es el instituto que constituye el tema de esta monografía.

Destacamos algunas condiciones: la criminalidad organizada, la formación social, el delito violento y la cleptocracia.

5.9.1 América Latina como ambiente delictivo

Los estudios sociológicos, económicos y antropológicos sobre Latinoamérica apuntan a distintas causas de un problema central: la desigualdad social¹¹⁷⁸. Para comprender la criminalidad organizada actual, es necesario examinar algunos de sus orígenes, al menos para entender por qué su erradicación no se ha logrado hasta ahora; por el contrario, su crecimiento en tamaño y complejidad es evidente. Si hacemos un breve repaso histórico¹¹⁷⁹, resulta innegable que la llegada de los colonizadores a las costas latinoamericanas a finales del siglo XV transformó por completo el escenario. Aunque no afirmemos, como Bartolomé de Las Casas¹¹⁸⁰, que los pueblos autóctonos eran "*harto felices*", es imposible negar que el contacto con los europeos modificó

¹¹⁷⁸ En texto reciente, intentamos exponer las características actuales de América Latina, entre las cuales la desigualdad social funciona como ancla. Remitimos a: RODRÍGUEZ, V. G. Hacia un concepto de Latinoamérica, in: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 55 y ss.

¹¹⁷⁹ Véase: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 55 y ss.

¹¹⁸⁰ Las denuncias de Bartolomé de Las Casas, incluso sus posibles hipérboles en relación con las masacres indígenas, ya fueron objeto de análisis de otros textos del autor de esta monografía. Aquí, sin embargo, lo único que se añade es su idea de que los colonizadores encontraron en los autóctonos americanos una organización de individuos que se encontraban *hartos más felices* que los españoles en general. "Así que desde la entrada de la Nueva España, que fue a diez y ocho de abril del dicho año de dieciocho, hasta el año de treinta, que fueron doce años enteros, duraron las matanzas y estragos que las sangrientas y crueles manos y espadas de los señores hicieron continuamente en cuatrocientas y cincuenta léguas em torno casi de toda la ciudad de México y su rededor, donde cabrán cuatro o cinco grandes reinos tan grandes y **harto más felices que España**. (...) Más han muerto los españoles dentro de los doce años dichos en las dichas cuatrocientos y cincuenta léguas a cuchillo y a lanzadas, y quemándolos vivos, mujeres y niños y mozos y viejos, de cuatro cuentos de animas, mientras que duraron (como dicho es) lo que ellos llaman conquistas, siendo invasiones violentas de crueles tiranos, condenadas no solo por la ley de Dios, pero por todas las leyes humanas, como lo son y muy peores la que hace el turco para destruir la Iglesia Cristiana. LAS CASAS, B. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2006, p. 55.

drásticamente el continente, desencadenando guerras, innumerables muertes y una reconfiguración total de la producción económica local. A partir de entonces, se instauró una división social que, si bien no es la causa directa de la criminalidad, sí constituye un factor determinante¹¹⁸¹.

Para entender la situación criminal actual del continente, aunque los factores sean múltiples, podemos identificar tres grandes elementos estructurales: la *condición económica*, los *conflictos raciales* y la *urbanización*. A estos se suman dos aspectos específicos: el problema del *narcotráfico* y la *corrupción*. En todos ellos, la desigualdad social es un denominador común¹¹⁸².

En el plano económico, la condición colonial¹¹⁸³ de Latinoamérica la situó en una posición de evidente desventaja, impidiendo su desarrollo en condiciones de igualdad durante varios siglos¹¹⁸⁴. No obstante, para el presente estudio, es importante señalar que identificar los factores que han perpetuado esta situación de subordinación hasta la

¹¹⁸¹ Hay que tener mucha cautela al afirmar que la llegada de los españoles y portugueses *causó* criminalidad. Desde el punto de vista aquí adoptado, es bastante posible defender que la llegada de la cultura europea trajo el propio concepto de delito, a partir de su sistema de producción, que entonces conduce a que se interprete como ‘criminal’ lo que antes no era más que un conflicto interno. En ese sentido, hay que poner de manifiesto que la predisposición del indígena al conflicto puede ser independiente de la escasez. Ello alejaría la tesis de que el delito es fruto directo del mercantilismo/capitalismo, sino que el delito como *concepto* sí lo será, especialmente contra el patrimonio. Como documentación, está la clásica tesis de Florestan Fernandes, en la cual se demuestra que el indígena brasileño - en estado civilizatorio menos avanzado que otros autóctonos de Latinoamérica como los Incas - desarrollaba un estado de guerra constante sin que hubiera cualquier tipo de necesidad de conquista de bienes o territorios, ya que vivían en sitios de espacio y alimento abundante. Véase: FERNANDES, F. *A função social da guerra na sociedade tupinambá* (1920-1995). São Paulo: Globo, 2006.

¹¹⁸² Sobre como nasce la desigualdad a partir de la colonización, véase BREÑA, R. Los procesos independentistas de América Española. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 366-367.

¹¹⁸³ Aunque, en el caso de España, jurídicamente no haya habido colonias, sino Virreinos.

¹¹⁸⁴ Francisco Bilbao escribe, en medio del siglo XIX, una reseña de lo que era la situación de retraso económico comparado con Europa: “Un pueblo acostumbrado a obedecer en todo, pierde la iniciativa individual que es la salvación, la vida y el vigor de los Estados. Se acostubrarán a ver venir toda idea, toda iniciativa de la autoridad – y esta es otra de las causas de nuestro males, que cada día combatimos. Y si sobre todo esto agregais la estúpida reglamentación de la unidad centralizante, ¿qué más queréis para explicar a priori los trescientos años de atraso de la América? Abdicada la razón, paralizado el pensamiento, muerto el sentimiento de la naturaleza, el trabajo despreciado, la centralización en todo poder, la muerte de la iniciativa personal reposando sobre el crimen de la explotación del continente, he ahí el conquistador la conquista. Tal causa, tal efecto: esclavitud del ciudadano, esterilidad física y esterilidad intelectual. ¿No explica esto hasta la evidencia, por qué no tenemos ciencias, ni industria, ni poesía en el Mundo del Paraíso de Colón? No ciencias, porque el pensamiento ha sido mal dirigido y sometido. No industria, por el desprecio al trabajo y la inseguridad. No poesía, porque la raza ha perdido su unión con la naturaleza”. BILBAO, F. Discursos Masónicos. *Obras Completas*, Imprenta de Buenos Aires, 1865, p. 331. Evidentemente, lo que ha pasado desde ese período de independencias hasta el momento demanda mucha explicación, ya no pudiendo ser la colonización el factor-clave.

actualidad es una cuestión distinta¹¹⁸⁵. Esta fue precisamente la misión central de los teóricos de la economía que fundaron la CEPAL¹¹⁸⁶, quienes, a partir de la década de 1960, intentaron formular un pensamiento económico propio que explicara la persistencia de la posición periférica de la región en los mercados internacionales. Durante los primeros años de su existencia, cuando la hiperinflación era el signo más visible del subdesarrollo económico, se planteó la pregunta fundamental: ¿qué mantiene a Latinoamérica en esta situación?

Como ha documentado ampliamente la *CEPAL*, América Latina y el Caribe es una región con economías marcadas por una heterogeneidad estructural y altos niveles de informalidad. En este contexto, los sistemas de bienestar se desarrollaron en torno a la protección de los trabajadores de determinados sectores productivos, con niveles variables de suficiencia, cobertura y financiamiento. Esto dejó amplios sectores de la población, especialmente en zonas rurales, fuera del acceso a la seguridad social¹¹⁸⁷. Durante el siglo XX, los países de la región no lograron alcanzar el pleno empleo ni consolidar el contrato laboral como un mecanismo generalizado de distribución de la renta. Tampoco consiguieron establecer una cobertura universal e igualitaria en materia de seguridad social vinculada al empleo formal. Como resultado, la población quedó altamente expuesta a la pobreza, tanto ante riesgos individuales (problemas de salud, accidentes, desempleo, cambios familiares, entre otros) como colectivos (crisis económicas o desastres naturales). Así, los sistemas de protección social en América Latina se desarrollaron de manera fragmentada, con barreras para la expansión de la

¹¹⁸⁵ Josué de Castro es muy ponderado en el análisis del papel de Latinoamérica (cap. VI de su libro). Manifiesta que “A América Latina despierta para a vida moderna e se interroga acerca de suas possibilidades de desenvolvimento. Toma consciencia das formas arcaicas de suas estruturas políticas e sociais e dos paradoxos de sua organização econômica, na qual coexistem lado a lado a extrema miséria e a fome e uma opulência quase que insolente”

¹¹⁸⁶ Se trata de la Comisión Económica para América Latina, creada en 1948. Una comisión de economistas latinoamericanos que se han propuesto a intentar mejorar las condiciones latinoamericanas en ese campo. Sus principales representantes fueron el argentino Raúl Prebisch y los brasileños Celso Furtado y Fernando Henrique Cardoso, entre tantos otros. Las ideas cepalinas están magistralmente reseñadas en el texto de Cacciamali: CACCIAMALI, M. C. La Cepal: importância y Limitaciones en el Desarrollo económico. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudos Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 547 y ss.

¹¹⁸⁷ Cepal, 2012

cobertura y un acceso desigual a los beneficios¹¹⁸⁸, tal como lo analizó Cardoso en los momentos más críticos de este modelo económico¹¹⁸⁹.

La tesis central de la *CEPAL* sostiene que no solo después del descubrimiento de América, sino especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, cuando Estados Unidos se consolidó como la potencia hegemónica en la región, el centro del poder económico limitó las posibilidades de desarrollo latinoamericano¹¹⁹⁰. En términos generales, los países de la región se industrializaron tardíamente y se mantuvieron como exportadores de bienes primarios. Prebisch advirtió, como explica Cacciamali, que a medida que aumentaba la renta a nivel mundial, la demanda de bienes primarios disminuía, mientras que los bienes industriales adquirirían mayor valor. Este fenómeno, en términos simples, explica la persistencia de la condición periférica de Latinoamérica hasta hoy¹¹⁹¹.

Si bien la situación económica marginal es un factor estructurante, no es el único. La pobreza, en sí misma, no basta para explicar la criminalidad. Sin embargo, la desigualdad es un elemento determinante.

No es necesario un análisis exhaustivo para advertir que América Latina presenta una desigualdad social acentuada. Diversos organismos miden este fenómeno mediante indicadores que permiten evidenciarlo de manera objetiva. El Banco Mundial, por ejemplo, utiliza el *Coeficiente de Gini*, que oscila entre 0 y 100, donde 0 representa una distribución perfectamente equitativa y 100 indica una desigualdad extrema (es decir, una sola persona concentra toda la riqueza)¹¹⁹². En 2024, el *Coeficiente de Gini* calculado

¹¹⁸⁸ CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Institucionalidad social en América Latina y el Caribe: eje central para avanzar hacia un desarrollo social inclusivo* (LC/CDS.5/3), Santiago, 2023, p. 71.

¹¹⁸⁹ CARDOSO, F. H.; FALETTTO, E. *Dependência e desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. Años después: CARDOSO, F. H.; FALETTTO, E. “Dependência e desenvolvimento na América Latina”. In: BELCHOWSKY, R. *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

¹¹⁹⁰ “El desarrollo y el subdesarrollo se crean a partir de un único proceso, yq que se derivan del funcionamiento de un única economía mundial” CACCIAMALI, M. C. *La Cepal: importancia y limitaciones...* cit. p. 553.

¹¹⁹¹ Otra causa añadida por Prebisch es la diferencia entre las elasticidades de renta de la demanda de bienes industriales y de bienes primarios. A medida que aumenta la renta mundial, disminuye la demanda relativa de bienes primarios y aumenta la demanda relativa de bienes industriales. La demanda mundial crece, cambia su composición y se diversifica a medida que aumentan la productividad y la renta en todo el mundo. En este escenario, la demanda de bienes industriales tiene una elasticidad renta mayor que uno y la elasticidad renta de los bienes primarios es menor que uno. En otras palabras, por cada unidad monetaria creada en la economía, una proporción mayor se gasta en bienes industriales que en bienes primarios. Véase CACCIAMALI, M. C. *La Cepal: importancia y limitaciones...* cit. p. 55

¹¹⁹² “Gini index measures the extent to which the distribution of income (or, in some cases, consumption expenditure) among individuals or households within an economy deviates from a perfectly equal distribution. A Lorenz curve plots the cumulative percentages of total income received against the

para Brasil (datos de 2021) es de 52,9; para Colombia, 51,5; y para Nicaragua, 48,2 (datos de 2019). En comparación, Francia presenta un índice de 30,7 y Noruega de 22,7.¹¹⁹³

Otra herramienta de medición, el *Coefficiente de Palma*¹¹⁹⁴, compara los ingresos del 10% más rico con los del 40% más pobre, permitiendo evaluar la concentración de la renta. Este indicador, utilizado por la OCDE, también posiciona a los países latinoamericanos en una situación de gran desigualdad¹¹⁹⁵.

La disparidad en la distribución de la riqueza per cápita no solo es visible en el panorama latinoamericano, sino que está respaldada por datos empíricos. Su correlación con la criminalidad es evidente, pero hay otros factores que deben ser considerados.

cumulative number of recipients, starting with the poorest individual or household. The Gini index measures the area between the Lorenz curve and a hypothetical line of absolute equality, expressed as a percentage of the maximum area under the line. Thus a Gini index of 0 represents perfect equality, while an index of 100 implies perfect inequality”. Disponible en el sitio del Banco Mundial.

¹¹⁹³ Estos datos se pueden generar automáticamente en la página web del banco mundial, incluso con comparación directa entre países y años. Son citados en varias publicaciones del World Bank, como: ESLAVA, M.; MELÉNDEZ, M.; TENJO, L., URDANETA, N. Business Size, Development, and Inequality in Latin America: A Tale of One Tail. *Policy Research Working Paper*, Washington D.C., n. 10584, 2023. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10986/40446>. License: CC BY 3.0 IGO. El relatorio “Growing Inequality”, aunque sea del 2008, de la OECD, presenta números también interesantes acerca del tema, pero especialmente presenta objetos de análisis. Entre ellos, desde su síntesis en castellano: “La gente pobre en países con un alto ingreso medio y una distribución del ingreso amplia (como Estados Unidos) pueden tener un nivel de vida inferior al de la gente pobre de países con un ingreso medio más bajo pero con distribuciones más estrechas (Suecia). A la inversa, la gente rica de países con bajos ingresos medios y distribuciones amplias (Italia) pueden tener un nivel de vida más alto que la gente rica de países donde el ingreso medio es más alto pero la distribución del ingreso es más estrecha (Alemania)” Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Growing Unequal?: Income Distribution and Poverty in OECD Countries*. Paris: OECD, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264044197-en>.

¹¹⁹⁴ The Palma ratio is another measure of income inequality that focuses specifically on the income share of the top 10% of the population compared to the income share of the bottom 40%. It is calculated by dividing the total income share of the top 10% by the total income share of the bottom 40%. This ratio provides insights into the concentration of income among the top earners relative to the lower earners within a population. Véase: PALMA, J. G.; STIGLITZ, J. Do Nations Just Get the Inequality They Deserve? The “Palma Ratio” Re-examined. In: BASU, K., STIGLITZ, J.E. (eds). *Inequality and Growth: Patterns and Policy*. International Economics Association. London: Palgrave Macmillan, 2016.

¹¹⁹⁵. Comparando los índices Palma y Gin, luego de explicar todas sus fórmulas y revisar los datos de OECD y del Banco Mundial, Chacón concluye que: “Por su parte, como resultado de la aglomeración del Índice de palma, se obtuvieron tres grandes clústeres que coinciden en algunos países con los generados cuando se uso el coeficiente de Gini. El primer clúster, que concentra los países menos desiguales, esta compuesto por: Argentina, Bolivia, República Dominicana, Ecuador, El salvador, México, Perú y Uruguay, quienes en promedio tiene un índice de Palma de 2, lo que indica que el 10% más rico recibe en promedio el doble más que el 40% más pobre. Por otro lado, el segundo clúster, esta conformado por: Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Nicaragua, Chile y Venezuela, quienes en promedio tienen un Palma de 2,6, que indica que los ricos obtienen más de la mitad que los más pobres. Finalmente, el último clúster congrega a Brasil, Colombia, Honduras y Panamá, como los países más desiguales en términos de Palma, con un promedio de 3,3. Sin embargo, países como Colombia y Brasil, tienen cifras cercanas a 4, lo que permite asegurar que a diferencia del primer clúster, en donde el 10% más rico recibía el doble que el 40% más pobre, aquí esta cifra supera el doble a esos países, y los ricos reciben 4 veces más que los más pobres”. CHACÓN MEJÍA, C.; RAMÍREZ CHAPARRO, M. Desigualdad en América Latina, contrastes entre el coeficiente de Gini y el índice de Palma. *Conocimiento Global*, [Bogotá], v. 5, n. 1, 2020, p. 15.

En primer lugar, la desigualdad racial. En el continente, esta opera como un vector de marginación con características muy distintas a las de otras regiones. Quijano sostiene que el concepto de raza surge con la colonización y que, desde entonces, ha profundizado un abismo entre blancos, por un lado, y negros, pardos e indígenas, por otro, lo que ha generado una marginación conflictiva que ha acentuado las distancias sociales hasta el presente. La exclusión de los indígenas y, posteriormente, la llegada de esclavos africanos impusieron una rígida división en castas, aún perceptible en la configuración de los espacios urbanos y rurales de gran parte de Latinoamérica. Esta realidad también se manifiesta en polémicas y escándalos que emergen cuando, por ejemplo, un jefe de Estado fenotípicamente no europeo es elegido en alguna de las repúblicas de la región.

No es sorprendente que una sociedad construida desde sus inicios sobre una marcada estratificación racial, como describe Gilberto Freyre en *Casa-grande e Senzala*, haya experimentado conflictos más evidentes con el fin de la esclavitud¹¹⁹⁶ y con la expansión del pensamiento progresista masónico, especialmente en países como Colombia y México, cuyos procesos alcanzaron su punto álgido en el siglo XIX. Sin embargo, este humanismo tardío, lejos de mitigar las tensiones, intentó justificarlas, al menos en lo que respecta al derecho penal. Fue en ese siglo, con la consolidación de las escuelas deterministas —representadas en el ámbito jurídico por Lombroso y Garófalo—, cuando el racismo adquirió un barniz de cientificidad, situando al indígena o al negro como sujetos supuestamente predispuestos a cometer un "delito natural"¹¹⁹⁷.

Un ejemplo de esta visión se encuentra en la obra de Nina Rodrigues, un médico y criminólogo brasileño del siglo XIX, quien sostenía que el estudio de las razas era la

¹¹⁹⁶ Para la evolución de la desigualdad y el racismo a partir de la esclavitud, véase: PEREIRA, P. H. R. *Derecho y Raza en Latinoamérica: las cuestiones de esclavitud africana*. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 193 y ss.

¹¹⁹⁷ Usamos las palabras de Nilo Baptista: “implicará em relativo desinteresse pela investigação jurídica de um conceito analítico do delito, recalcada pelas vitoriosas teorias sobre um delinquente cuja inferioridade biológica o determina ao cometimento de um delito natural”. BATISTA, N. *Notas Históricas sobre a teoria do delito no Brasil*. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 113-133, jul./dez. 2004, p. 116.

clave para comprender la criminalidad en Brasil¹¹⁹⁸¹¹⁹⁹. Según su concepción, debería haber "tantos códigos penales como razas predominantes en cada región"¹²⁰⁰. La formulación de un pensamiento académico que abordara la desigualdad racial desde una perspectiva crítica no comenzó a consolidarse hasta mediados del siglo XX, lo que implicó un considerable retraso en la comprensión del impacto de estas diferencias en la generación de conflictos y en la evolución de la criminalidad organizada.

En este sentido, Florestan Fernandes fue uno de los primeros teóricos en analizar en profundidad la sociología de la división racial, desarrollando una perspectiva que hoy se considera fundamental para entender la desigualdad y, en consecuencia, la criminalidad. Resumiendo su pensamiento, Fernandes argumenta que la ausencia de un conflicto racial abierto en la sociedad, especialmente en relación con los negros, perpetuó la fractura social¹²⁰¹. Así, la marginación se normalizó¹²⁰², lo que explica en gran medida

¹¹⁹⁸ En su principal obra, dedicada a Lombroso, Garófalo y Lacassagne, Nina Rodrigues afirma que las civilizaciones pré-colombinas de México y Perú sucumbieron a la europea por ser esta "mais avançada", y afirma que "o estudo das raças inferiores tem fornecido á sciencia exemplos bem observados dessa incapacidade orgânica, cerebral". Pasa así por los escritos de Lombroso y Garófalo pra concluir que "a formação de uma idéia abstracta de justiça, tal como a possuímos hoje, se operou lentamente no cérebro humano, por força do aperfeiçoamento social". RODRIGUES, R. N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1932 (primeira edição em 1894), p. 55.

¹¹⁹⁹ Así, por ejemplo, Nina Rodrigues trató de analizar el fenómeno de la "locura" colectiva de Antonio Coselheiro en Canudos. Intenta superar el problema atávico en un primer momento recurriendo a las medidas del cráneo del profeta, para concluir que el hueso "não apresenta nenhuma anomalia que denunciase traços de degenerescência: é um craneo de mestiço onde se associam caracteres antropológicos de raças diferentes" (p. 131). Si se trata de un cráneo normal, el médico de Maranhão pasa a otra pista. En sus palabras: "Antonio Conselheiro era realmente muito suspeito de ser degenerado, na sua qualidade de mestiço". (Conselheiro era muy sospechoso de ser degenerado, en su condición de *mestizo*). RODRIGUES, R. N. *As colectividades Anormaes*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1939, p. 133.). Arroyo Zapatero comenta la obra de Nina Rodrigues, a partir de la observación de que "ao enfrentar o problema da marginalização dos negros, caiu na falácia de acreditar que a raça é o fator determinante da criminalidade das pessoas negras. Em vez de descobrir as razões sociais da discriminação, termina fomentando ainda mais o racismo". ARROYO ZAPATERO, L. *As tres paixões das ciencias penais*, SP: Liberars, 2021, p. 46

¹²⁰⁰ Su tesis principal es la de que la mezcla de razas causa la "sobrevivencia criminal" o la "criminalidad étnica", que sería "resultante da coexistência, numa mesma sociedade, de povos ou raças em fases diversas de evolução moral e jurídica, de sorte que aquilo que ainda não é imoral nem ante-jurídico para uns réus já deve sê-lo para outros". Y, em esse sentido, "a contribuição dos negros a esta espécie de criminalidade é das mais elevadas". RODRIGUES, R. N. *Os africanos no Brasil*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934, p. 432.

¹²⁰¹ Sobre ello, también Gilberto Freire y Darcy Ribeiro, que plantean una idea de civilización por el mestizaje. Sobre el proceso civilizador en general, véase *Über den Prozess der Zivilisation*, de Norbert Elias, de 1939.

¹²⁰² En sus palabras: "Não se formaram barreiras que visassem impedir a ascensão do "negro", nem se tomaram medidas para conjurar os riscos, que a competição desse elemento racial pudesse acarretar para o "branco". Em síntese, não se esboçou nenhuma modalidade de resistência aberta consciente e organizada, que colocasse negros, brancos e multasos em posições antagônicas e de luta. Por paradoxal que pareça, foi a omissão do branco – e não a ação – que redundou na perpetuação do status quo ante" FERNANDES, F. *A integração do Negro na Sociedade de Classes*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2021, p. 271.

el desarrollo de una estructura conflictiva que derivó en delincuencia y, con el tiempo y la intervención de otros factores, en crimen organizado.

En este contexto, el racismo estructural y las exclusiones que perpetúan la pobreza explican por qué la sociedad latinoamericana no ha logrado alcanzar el desarrollo europeo. Reconocer que aún quedan pasos por dar en términos civilizatorios no supone un juicio de valor, sino un análisis de las condiciones sociales y estructurales del continente. Para evitar interpretaciones erróneas sobre este diagnóstico, podemos remitirnos a Leonardo Boff, referente de la *Teología de la Liberación* y actualmente centrado en temas medioambientales. Él mismo reconoce la existencia de pueblos latinoamericanos que, aunque habitan en la contemporaneidad tiempo, "no se encuentran en el mismo nivel evolutivo"¹²⁰³.

No se puede ignorar que existe una brecha entre los procesos civilizatorios en Latinoamérica, lo que se refleja en múltiples aspectos, desde la desigualdad estructural hasta las formas violentas de delitos dentro de las organizaciones criminales¹²⁰⁴.

En síntesis, el debate sobre *civilización y barbarie*, presente en los escritos de Hobbes, Rousseau y Locke, encuentra en Latinoamérica un campo de análisis ineludible. Durante la colonización, se optó por rechazar la barbarie, promoviendo —al menos en teoría— la integración de la población autóctona y el desarrollo urbano. Sin embargo, el crecimiento demográfico y el éxodo rural añadieron un factor criminógeno específico en el continente: la expansión descontrolada de los centros urbanos.

5.9.2 Centro urbano

El éxodo rural, o huida del campo, no es un fenómeno reciente ni exclusivo de Latinoamérica. La vida en la ciudad, con su amplia oferta de servicios y comodidades, así como empleos menos extenuantes que el trabajo campesino —solo por mencionar

¹²⁰³ Problema está, em nossa opinião, em que, como reconhece o próprio autor, trata-se de povos que "embora vivam em nosso tempo (sincronia), não se encontram no mesmo nível evolucionário que nós (contemporaneidade)". BOFF, L. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 241.

¹²⁰⁴ Así, por ejemplo, el reciente libro de Lomnitz, que observa temas graves como el canibalismo como forma de venganza en la criminalidad organizada actual de México. El autor fija esa violencia extremada y, en gran medida, urbana, en la religión ancestral. Véase: LOMNITZ, C. *Para una teología política del crimen organizado*. México: Alacena, 2023.

algunas causas evidentes—, ha impulsado la expansión de los centros urbanos y ha dado lugar a nuevas disputas sociales. La industrialización generó dinámicas productivas que exigieron la migración hacia las ciudades. Como señalaba *Lefebvre* a finales de la década de 1960, en los países ricos la urbanización dio origen a nuevas estructuras sociales, como los suburbios¹²⁰⁵; mientras que, en los países empobrecidos, como los latinoamericanos, proliferaron asentamientos informales, conocidos localmente como *favelas* o *chabolas*. Estos entornos, que concentran condiciones propicias para la criminalidad, se han convertido en espacios fértiles para el crecimiento de la criminalidad organizada¹²⁰⁶.

Numerosos estudios han tratado de explicar las nuevas dinámicas sociales derivadas de la expansión de los centros urbanos. *Santos* plantea un enfoque basado en el análisis de los objetos técnicos, aquellos creados para funciones específicas pero que, con el tiempo, terminan imponiéndose sobre el individuo. En el contexto rural, los objetos eran reversibles y permitían cierto grado de flexibilidad en su uso; en contraste, en la ciudad, estos objetos se vuelven irreversibles, sistemáticos y no intercambiables, generando subsistemas técnicos que, como señala el autor, terminan dominando a las personas en distintos ámbitos. Desde esta perspectiva, la configuración urbana se define por la interacción entre estos objetos y sus usuarios. Mucho antes de que se hablara de *smart cities*, *Santos* ya diferenciaba entre "espacios tontos" y "espacios inteligentes", entendiendo estos últimos como aquellos en los que la densidad de información es crucial para el funcionamiento de la ciudad¹²⁰⁷. La falta de planificación en estos espacios

¹²⁰⁵ En sus palabras: “Paradoxo dominante dessa situação crítica, dado central do problema, a crise da cidade é mundial. Ela se apresenta à meditação com um aspecto dominante da mundialidade em marcha com o mesmo título que a técnica e a organização racional da indústria (...) numa série de países mal desenvolvidos, a favela é um fenômeno característico, enquanto que nos países altamente industrializados essa característica é a proliferação da cidade em “tecidos urbanos”, em subúrbios”. LEFEBVRE, Henri, *O fenômeno urbano: sentido e finalidade da industrialização*. São Paulo: Editora Documentos, 1969, p. 71

¹²⁰⁶ Es el caso del ‘Comando Vermelho’ en Río de Janeiro, que nace para el control del narcotráfico interno en las ‘favelas’. Ya organizaciones como el PCC, de São Paulo, a pesar de ejercer su poder en los centros urbanos, tienen su origen a partir de las megacárceles; otros, como los cárteles de droga de Colombia o México, aunque también dependan de centros urbanos, tienen gran relación con la producción y exportación de drogas en rutas también rurales y marítimas. Véase nuestro RODRÍGUEZ, V. G.; ESCOBAR, M. E.; CRISTOFOLETTI, C. Manifestaciones de la corrupción público-privada asociada al crimen organizado transnacional en América Latina. *El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina*, Parte II (Tomo 28). Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 25 y ss.

¹²⁰⁷ “Nesse sentido, poderíamos dizer que, num território como o do Brasil, há espaços trabalhados segundo racionalidades duras, precisas, densas e espaços trabalhados segundo racionalidades moles, tolerantes, tênues. Nestes a racionalidade instrumental é fraca ou espasmódica, enquanto em outras áreas, como, no Brasil, a maior parte do Estado de São Paulo, tal racionalidade é uma presença e uma necessidade permanentes. É o contraste entre espaços burros e espaços inteligentes”. SANTOS, M. *A Natureza do Espaço*. São Paulo: Edusp, 2009, p. 221.

inteligentes genera conflictos urbanos, cuya intensidad aumenta con la dinámica social y, especialmente, con la escasez de recursos.

Aun así, al analizar América Latina, la urbanización presenta características propias, sobre todo en términos de escala. Las ciudades latinoamericanas tienen dimensiones desproporcionadas en comparación con las europeas. Ciudad de México, São Paulo, Buenos Aires, Río de Janeiro, Lima y Bogotá (en este orden específico) son ejemplos de grandes aglomeraciones urbanas, comparables, después de Nueva York, solo con algunas megaciudades de Asia. Más allá del tamaño, sus estructuras funcionales también son distintas¹²⁰⁸. Castells señala que la industrialización, que en el pasado era el principal motor de atracción hacia las ciudades, ha dejado de ser el factor determinante, dando paso a una economía urbana basada en el sector servicios, aunque este es altamente precario¹²⁰⁹. La falta de empleo formal ha generado lo que el autor denomina "segregación ecológica de las clases sociales y polarización del sistema de estratificación en relación con el consumo"¹²¹⁰. En otras palabras, ante la escasez de espacios públicos y la profunda desigualdad entre los barrios, la capacidad de consumo se convierte en el principal criterio de ocupación del espacio urbano.

El crecimiento descontrolado de los centros urbanos en América Latina, combinado con una marcada división racial y grandes disparidades en la capacidad de consumo, se ha convertido en un caldo de cultivo para la criminalidad organizada. Esta situación se agrava debido a la facilidad con la que el crimen se diluye en el entorno urbano y, aún más, por el encubrimiento que ofrecen las zonas marginales, como las *favelas* o *chabolas*, que se encuentran fuera del control efectivo del Estado. En estos

¹²⁰⁸ Es interesante cómo la ciudad interfiere en la interpretación de las relaciones, incluso en el ámbito de la criminalidad. Así observa Riedel: "If, in other words, the speaker could locate the stranger in his familiar location, he or she would know something more about him. Locations are relevant cues where recollection is not relevant. Whether we see a shabbily dressed young man leaning against a building in a 'bad' section of town or walking across a university campus shapes our expectations and how we interact with the person in question." RIEDEL, M., *A perspective on stranger violence*, in: LAUFER, W.S. (Ed.), *The criminology of criminal law*, New Brunswick (USA): Transaction Publishers, 2013, p. 31

¹²⁰⁹ Por esas causa de falta de oportunidad de prestación de servicios, la "uberización del trabajo", que es problema en todo el mundo, encontrará en Latinoamérica condiciones más agudas. Para Radetich, comentando sobre la empresa Uber como antonomasia más conocida del fenómeno, en América Latina "La empresa usufructúa las condiciones desfavorables de países no centrales: la insuficiencia de los sistemas de transporte público, el miedo a la inseguridad, la violencia contra las mujeres, entre otros, como la existencia de un amplio ejército laboral de reserva y de una extendida informalidad del trabajo" RADETICH, N. *Capitalismo: La uberización del trabajo*. México: Siglo XXI Editores, 2023. En ese sentido, todos los países buscan salidas para redefinir la figura del 'emprendedor' ante su evidente cariz de trabajo informal. Véase, entre tantos, AUVERGNON, P. Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral. *Revista Derecho social y empresa*, n. 6, p. 25-42, 2016.

¹²¹⁰ CASTELLS, M. *A questão urbana*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 131.

espacios, la criminalidad organizada no solo encuentra refugio, sino que establece un sistema propio de gobierno y control territorial. La ocultación de armas, drogas destinadas al comercio, bienes robados e incluso de los propios líderes criminales —quienes operan con total impunidad en áreas bajo su dominio— convierte a estas regiones en enclaves estratégicos para el crimen. En tales escenarios, el dilema entre la recuperación del territorio por parte del Estado y la protección de los derechos humanos es constante. La intervención estatal, cuando ocurre, suele materializarse a través de fuerzas de seguridad, lo que inevitablemente implica confrontaciones violentas con la criminalidad organizada, que a menudo utiliza a la población como escudo humano.

Un ejemplo de esta compleja realidad es la decisión de la Suprema Corte de Brasil, que en una sentencia altamente controvertida prohibió a la policía intervenir en las *favelas* sin una operación organizada y sin la previa autorización de la fiscalía y otros organismos de seguridad pública¹²¹¹. Aunque la medida podría interpretarse como un intento de reducir la letalidad policial en operativos urbanos, en la práctica también conlleva la oficialización del dominio criminal sobre estos territorios. Dicho de otro modo, al imponer límites geográficos a la actuación del Estado, la sentencia establece de facto zonas donde la autoridad pública carece de legitimidad para intervenir. A diferencia de otras regiones de Latinoamérica, donde el crimen organizado opera en zonas rurales o fronterizas, en Brasil este fenómeno se desarrolla dentro de las grandes ciudades, lo que incrementa su impacto y hace aún más visible el conflicto entre el Estado y el crimen organizado.

Esta realidad en parte explica por qué, dentro del contexto del derecho latino-germánico, han sido países como Brasil y Colombia los que han desarrollado con mayor rapidez mecanismos como la delación premiada.

¹²¹¹ Se trata de una medida de carácter constitucional que fue decidida bajo la tensión del *lock-out* de la Pandemia de Covid 19, pero que a día de hoy sigue vigente. Fue así la decisión de agosto del 2020, vigente hasta la fecha: “O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida "para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Falaram: pelo requerente, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento”. STF, ADPF 635, 05 de agosto de 2020.

5.9.3 Campo y ciudad: la no-superación de la dicotomía

La vasta extensión territorial de Latinoamérica¹²¹², gran parte de ella cubierta por densas selvas, es una condición propicia para la violencia en el ámbito rural. Aunque la producción agrícola representa la mayor parte de la riqueza de estos países, lo que permite que, especialmente en los países del Cono Sur, existan muchas áreas rurales con excelentes condiciones de trabajo y vivienda, la generalidad del territorio rural latinoamericano es pobre.

No pocas de esas áreas están en situación de conflicto. No solo por acciones organizadas, como las de los grupos revolucionarios —que entraron en crisis tras el fin de la financiación de la entonces Unión Soviética, pero no cesaron sus actividades—, sino también por la presencia de cárteles de droga. En este sentido criminológico específico, la producción de hoja de coca es vastísima en países como Colombia, Perú y Bolivia, en gran parte destinada a abastecer el mercado ilegal de cocaína¹²¹³. Datos fiables indican

¹²¹² Hay muchos ejemplos de criminalidad típicamente latinoamericana, que bien servirían para ilustrar los dilemas propios de la región. Por ejemplo, en este contexto, un criminal en una favela puede ocultarse de por vida, lo que implica que su entrega a las autoridades puede reflejar un mayor grado de arrepentimiento que el de una persona en Europa o en un entorno urbano distinto. Por ello, la "no superación" del campo, en términos criminológicos, está relacionada con la persistencia de las favelas. Ahora bien, se pueden plantear otros dilemas éticos específicos en relación con esa capacidad de enforcement. Por ejemplo, un gran líder del narcotráfico oculto en una favela puede decidir entregarse porque reconoce que corre más riesgos que alguien de bajo rango, quien podría pasar su vida huyendo de las autoridades, al menos hasta que opere la prescripción. ¿Valdría más su entrega que la de aquel que es señalado como jefe del narcotráfico? Estas son cuestiones paralelas, y no todas podrán ser abordadas en esta monografía.

¹²¹³ La hoja de coca es tradicional de los pueblos indígenas de algunos países como Perú y Bolivia, así que los llamados *cocaleros* son cosa distinta de los grandes cárteles de droga. El hecho de que hoja de coca sea comprada de cocaleros es circunstancial, una vez que la forma de cultivo, trato y consumo por la población autóctona es muy distinta a la producción ya con la avanzada *agrotech* de la droga. Entre tantos: DE JARA, M. C. R. *Between the guerrillas and the state: The cocalero movement, citizenship and identity in the Colombian Amazon*. [Boston]: Harvard University, 2001; Durand explica muy bien, en el Perú, la relación del Sendero Luminoso, apropiándose de la producción indígena cocalera para su lucro y narcotráfico, y lo que pasó con la respuesta de Fujimori al combatir el terrorismo y confundir el movimiento cocalero con los infiltrados senderistas: "Durante los años de 1980, las primeras organizaciones representantes de intereses cocaleros sufrieron las consecuencias del senderismo en el país. La producción ilícita de coca se estaba expandiendo, en parte por la migración de productores de coca a partes remotas de la selva después de que el Estado comenzó a implementar políticas de control de drogas apoyadas por los Estados Unidos. En este contexto, los valles del Huallaga y Apurímac-Ene fueron cada vez más infiltrados por Sendero Luminoso, pero de manera diferenciada. La repuesta del Estado a esta infiltración y su contrarrespuesta después de que la amenaza violentista cediera cambiaría la visión del reto colectivo y propósito común de los cocaleros como actores sociales". DURAND, U. El camino cocalero. In: ALAYZA, A. *Perú, hoy: Nuevos rostros en la escena nacional*. Lima: Descó, 2006, p. 97. Los trabajos académicos que en este momento intentan echar alguna luz, a la vista internacional, para la diferencia entre los cocaleros y los campesinos que cultivan la droga para el narcotráfico ya son extensos, aunque de repercusión no suficiente para romper prejuicios. De los más graves problemas es el intento de los pueblos originarios de mantener su cultivo, como se

que aproximadamente el 40% de la cocaína mundial se produce en Colombia, solo por poner un ejemplo¹²¹⁴. Esto representa un incremento económico considerable para los países productores, que poco a poco incorporan esos ingresos a la política, lo que ha dado lugar a verdaderos **narcoestados**¹²¹⁵. Esto implica necesariamente la aceptación de la violencia inherente al narcotráfico¹²¹⁶.

describe más contemporáneamente: “La resistencia del movimiento cocalero frente a todo intento por erradicar sus cultivos excedentes combina hábilmente las demandas por infraestructura caminera, servicios de educación, salud, privilegios y favores sin aportar nada para diseñar una política antinarcóticos. En el fondo, tampoco no les interesa bolivianizar la lucha contra el narcotráfico pues son un movimiento organizado alrededor de la lógica del mercado, es decir, el aumento en la demanda de cocaína proveniente de Colombia, México y Estados Unidos, estimula la plantación de coca (aproximadamente, sólo 45 por ciento sería producción legal), convirtiéndose en un movimiento social que simboliza las luchas izquierdistas ligadas, simultáneamente, a un “incentivo ilegal-delictivo” que opera como un polo magnético para cohesionar dicho movimiento campesino. Simultáneamente, el incentivo ilegal-delictivo tiene ramificaciones internacionales de carácter empresarial pero donde el movimiento cocalero no una tiene participación directa.” ROCA BADO, F. G. Cocaleros en el gobierno: un enfoque crítico sobre el complejo coca-cocaína en la Bolivia del siglo XXI. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, v. 20, n. 4, 2008.

¹²¹⁴ La UNODC es el órgano de Naciones Unidas que tiene como misión aportar datos sobre drogas ilícitas. Su informes están poco actualizados y el último, del 2009, muestra que Colombia ha disminuido en un 18% su potencial de producción (In 2008, the potential cocaine production in Colombia was estimated at 430 mt, much lower than in any of the four preceding years for which comparable data is available. The reduction in potential cocaine production (-28%) was more pronounced than the decrease in area under coca cultivation (-18%)”. NAÇÕES UNIDAS (UN). UNODC Reports Steep Decline in Cocaine Production in Colombia. Viena: UN, [2009]. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/WDR2009_Statistical_annex_production.pdf.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los métodos de producción de droga tienen tecnología agregada, con lo cual el área de cultivo no es necesariamente proporcional, con el paso de los años, a la capacidad de producción.

¹²¹⁵ Véase Henry Salgado: “Para entender la emergencia de estas gobernanzas criminales, es necesario tener presente que el narcotráfico en América Latina se consolidó territorialmente. Progresivamente el narconegocio fue cooptando las estructurales locales del poder -apoyándose para ello en la violencia extrema y las redes clientelares que han predominado en los estados subnacionales de América Latina- y comenzó desde allí a disputarle a los Estados centrales el control de lo político. Para las redes del narcotráfico no fue difícil anclarse y coordinar acciones con las redes clientelares subnacionales y nacionales que, históricamente y de *facto* ya habían abierto el camino para el manejo privado de las estructuras del poder”. SALGADO, H. Geopolítica de las Drogas Ilícitas en América Latina. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 712..

¹²¹⁶ Hay muchos datos que vinculan los homicidios como consecuencia de la producción y comercio ilícito de drogas. Así, se desmisticifica la idea de que un narcoestado pueda ser aquél que pacifica los conflictos internos de la droga y, así, protege la población de la violencia, transformando el narcotráfico en actividad económica legal. Véase Mejía, comentando el Plan Colombia: “According to one study, the 200 percent increase in the size of cocaine markets that occurred between 1994 and 2008 has produced an additional 3,800 homicides per year, with a total of 57,000 drug-related homicides occurring during this time frame. It also found that 25 percent of the country’s current homicide rate can be directly attributed to aforementioned increase in cocaine.³⁷ In other words, if the size of the cocaine market had not increased at the rate it did, the homicide rate would now be around 24 homicides per 100,000 people, rather than the more recent 2008 rate of 32 homicides per 100,000 people.” MEJÍA, D. Plan Colombia: an analysis of effectiveness and costs. *Center for 21st Century Security and Intelligence-Latin America Initiative*, 2016, p. 13. Es un poco la idea de aquellos que comprenden que también la corrupción es la forma de producción en países poco desarrollados. Sobre el impacto del Plan Colombia en la *War on Drugs*, véase: GALAIN PALERMO, P. Aspectos Criminológicos de la Guerra contra las Drogas. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org).

El historial de la *war on drugs* en el continente comenzó con el presidente Richard Nixon en la década de 1970 y se ha renovado hasta la fecha, como con el Plan Colombia de los años 2000 (creado por el presidente Clinton y mantenido por Bush y Obama, aunque ya no esté oficialmente vigente). Sin embargo, el mercado de drogas sigue creciendo¹²¹⁷. A pesar de que existen ideas para implementar nuevas políticas criminológicas, la despenalización de las drogas es casi imposible y, en algunos países de la región, como Brasil, sería incluso inconstitucional.

En lo que respecta a la situación en el campo, el hecho de que gran parte de la producción campesina siga siendo considerada una actividad criminal genera conflictos y somete a poblaciones enteras al dominio de grupos organizados, como los grandes cárteles. Así se configura un entorno rural donde coexiste una criminalidad derivada del enfrentamiento con el Estado, sumada a los tradicionales conflictos campesinos del continente: violencia, disputas armadas por tierras y trabajo en condiciones análogas a la esclavitud. Cabe destacar que esta situación de violencia rural no se debe exclusivamente al problema de la narcoproducción; también intervienen factores como la minería ilegal o la explotación en plantaciones de grandes empresas multinacionales, como la nada infrecuente explotación laboral contemporánea en las plantaciones de café¹²¹⁸. Hacer un inventario de todos estos elementos conflictivos y, por ende, criminológicos, nos alejaría del tema principal.

La ciudad y el campo son ejemplos de una división entre dos mundos diferentes o, como prefieren decir los antropólogos, dos imaginarios distintos. El campo, en este sentido simplificado, representa la falta absoluta de educación formal, la ignorancia, religiones distorsionadas y la resolución de conflictos a través de la violencia, con verdaderos enfrentamientos que se prolongan por décadas y generaciones, incluso sin una

Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 234 y ss.

¹²¹⁷ VEILLETTE, C. and Foreign Affairs, Defense, and Trade Division. *Plan Colombia: A progress report*. Congressional Information Service. [Washington, D.C.]: Library of Congress, 2005. Explicando el Plan Colombia de modo más profundizado, véase: BARON, J. *El homicidio en los tiempos del Plan Colombia*. 2009. Tesis Doctoral – (Banco de la República de Colombia), [Bogotá], 2009.

¹²¹⁸ Para una visión muy actualizada sobre cómo las grandes empresas cafeteras del mundo deliberadamente ignoran el uso del trabajo esclavo en las *plantations* de café en Latinoamérica, véase: SIMÕES, L. A. *As cadeias de produção agrárias e a colonialidade: uma análise da regulação da escravidão na produção de café em Brasil e Colômbia a partir dos projetos de modernização no campo entre 1850 e 2020*. Tesis Doctoral - Prolam Universidad de São Paulo, [Ribeirão Preto], 2022.

razón racional aparente, como muestra Florestan Fernandes al examinar lo que era la sociedad tupinambá¹²¹⁹.

El paso del ámbito rural al urbano se identificó en Latinoamérica como la elección de la civilización sobre la barbarie, aunque es evidente que existen intersecciones: si bien gran parte del campo ha mejorado, las ciudades han incorporado, en las últimas décadas, signos de barbarie. Desde esta perspectiva, el delito organizado es *la urbanización de la barbarie*. Para quienes, en un primer momento, consideren exageradas estas afirmaciones, basta observar el nivel de violencia urbana en ciudades como Río de Janeiro, no solo por sus estadísticas *evidence-based*, sino también por la percepción de inseguridad y la brutalidad de los delitos urbanos, con fenómenos locales como el *arrastão* o los cementerios clandestinos dentro de las *favelas*¹²²⁰. No se trata de una simple percepción de la realidad, sino de hechos que caracterizan la criminalidad organizada en el continente y exigen una respuesta combativa.

5.9.4 Corrupción y cleptocracia

La delación premiada se considera uno de los instrumentos más eficaces de combate a la corrupción. Al fin y al cabo, es una de las pocas herramientas del *enforcement* capaces de romper el círculo de silencio que envuelve a las organizaciones criminales. De este modo, resulta especialmente relevante en Latinoamérica, donde la corrupción, especialmente la corrupción pública, es uno de los rasgos característicos. Como se ha señalado aquí en varias ocasiones, fue a partir de un caso específico de corrupción en Brasil, considerado oficialmente el más grande de América Latina, que la

¹²¹⁹ Véase, atrás, nota en 5.9.1

¹²²⁰ Sobre la ampliación de la percepción del miedo, véase tesis doctoral por este autor dirigida: COLOMBAROLI, A. C. de M. *O medo do crime e seus reflexos na produção legislativa em matéria criminal na América Latina: um estudo das justificações dos projetos de lei no Brasil e no Chile entre os anos de 1980 e 2020*. Tesis Doctoral – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Es evidente que hay un aprovechamiento del legislador a partir de lo que es la percepción de la violencia, pero no se puede defender que la violencia real sea fruto de la midia. Lo que sí hay que comprender es que la reacción del Estado por el endurecimiento penal nace a partir de la percepción de inseguridad, de debilidad del orden que hay que existir dentro de un mínimo de convivencia social, especialmente en el espacio urbano. Se va a tratar del tema, incluso bajo la mirada de la psicología social, en el último capítulo. Ello solo confirma la tesis de que hay un conflicto percibido y la necesidad de reacción, que en la delación premiada aparece como una forma de traslado del tiempo hacia una promesa de fin de conflicto. Es un instrumento de lucha, pero mucho más refinado que el simple discurso de endurecimiento penal, que es una promesa muy genérica combate a la delincuencia, cuando se sabe que el problema es el instrumental para hacer con que la ley alcance a los criminales en organización.

delación premiada se aplicó de forma efectiva, al punto de que, en el proceso penal correspondiente, hubo más delatores que acusados. Entrar en los detalles del caso específico, por más ilustrativo que sea, restaría el carácter teórico que pretende este texto monográfico.

El tema de la corrupción en Latinoamérica se trata aquí solo dentro de los estrechos límites en que es una parte relevante de la criminalidad organizada y, más aún, en los casos en que la delación resulta efectiva, ya que la criminalidad violenta, en ausencia de un programa de protección a testigos, casi no llega a ser denunciada. En este sentido, destacamos algunos puntos sobre la corrupción en el continente: (1) en primer lugar, que la corrupción se evidencia a través de datos empíricos; (2) en segundo lugar, que la literatura antropológica señala un comportamiento que facilita la corrupción del Estado; (3) que la condición periférica hace que la corrupción actúe como un motor de desarrollo económico; y (4) como consecuencia, que la corrupción es parte integral del Estado, hasta el punto de poder hablar de cleptocracia. En este régimen, al ser también parte del engranaje corrupto el aparato estatal, el sistema de delación tiene escasa efectividad. Superar los límites de este esquema nos desviaría de tópico.

La fórmula más conocida para medir la corrupción es el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional. Como su propio nombre indica, este índice no mide la corrupción en sí misma, sino la forma en que se la percibe. Dado que la corrupción es una práctica que depende exclusivamente del secreto, no es posible medirla mediante el número de registros oficiales, que nunca existirán, ni por el número de procesos penales: el enjuiciamiento de un caso de corrupción es más un indicio de la eficacia del *enforcement* estatal que una prueba de la existencia del delito en sí. Así, los índices de percepción son la herramienta más viable para medir el estado de la corrupción en el mundo. En estos datos, como es bien sabido, Latinoamérica ocupa posiciones bajas: en el Índice de Transparencia Internacional, Brasil está en la posición 104 a nivel mundial¹²²¹; Venezuela ocupa el puesto 177; Colombia, el 177; y Honduras, el 144. Como término de comparación, España ocupa el puesto 36, Singapur el 5.º y Dinamarca es el

¹²²¹ Los informes dan cuenta de que Brasil bajó por las impunidades en el caso Odebrecht, que, como se ha dicho en la introducción, es clave para esta monografía.

país con menor índice de corrupción del planeta, según los datos de la organización para 2023¹²²².

Así, objetivamente, se percibe una mayor corrupción en los países latinoamericanos. Las explicaciones para este fenómeno son numerosas, y la antropología ya lo ha abordado desde múltiples perspectivas. Es clásica la obra de Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, en la cual, mediante un estudio transdisciplinario que involucra raíces históricas, culturales y antropológicas, formula un concepto tan criticado como difícil de refutar: el del “hombre cordial”.

A este predicado de cordialidad, Buarque le concede un sentido bastante distinto al común, ya que sería el resultado de una combinación entre la informalidad del individuo y el alto valor que otorga a las relaciones personales, a los lazos familiares y de amistad. El resultado es un desprecio por las reglas de convivencia, especialmente en el trato con la *res publica*, con los bienes comunes, generando una especie de apropiación socialmente aceptada de lo estatal¹²²³. Contrario a lo que el término podría sugerir, la *cordialidad* no implica pacificación, sino una alta probabilidad de violencia en la esfera privada, distinta del poder público. Además, este poder público es apropiado por las élites feudales y económicas que manipulan elecciones, en un fenómeno conocido como *coronelismo*, que, aunque originado en el sistema de elecciones rurales, se ha modernizado para llegar al gran centro urbano. En la práctica, es un sistema para obtener aliados y seguidores que se mantienen en el poder por su capacidad de atraer votos, siempre al servicio de las élites económicas¹²²⁴. Estas élites, una vez más, se apropian de

¹²²² El índice completo está em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2023/index/ven>, consultada en 28 de abril de 2024.

¹²²³ AVELINO FILHO, G. Cordialidade e civilidade em Raízes do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOCS, v. 5, n. 12, 1990.

¹²²⁴ El “coronelismo” como se dice en Brasil, viene del nombre del “coronel”, que no es el colonel militar, sino una forma de nombrar al tierrateniente, algo como el caudillismo de los países hispanoablantes. Hay muchas obras, aquí ya referidas, que lo adoptan, pero, en su forma más práctica de perpetuación del poder en las democracias, está la obra de Victor Leal, de 1948, ‘Coronelismo, enxada e Voto’, en que estudia cómo se mantiene el poder a partir del municipio hasta la Presidencia del País. Allí aclara que, además de control de los votos en el campo directamente por el tierrateniente, “há ainda os favores pessoais de toda ordem, desde arranjar emprego público até os mínimos obséquios. (...) Para favorecer os amigos, o cefe ocal resvala muitas vezes para a zona confusa que medeia entre o legal e o ilícito, ou penetra em cheio no domínio da delinquencia, mas a solidariedade partidária passa sobre todos os pecados uma esponja regeneradora. A definitiva reabilitação virá com a vitória eleitoral, porque, em política, no seu critério, só há uma vergonha: perder”. LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Cia das Letra, 2002, p. 59-60.

lo público para obtener beneficios personales, lo que constituye, como se sabe, casi una definición jurídica de corrupción.

Si trasladamos esta visión a una perspectiva más amplia, el fomento de la corrupción en los países periféricos es algo que beneficia a la economía del llamado Norte Global. Aunque muchos intenten refutarlo por ser políticamente incorrecto, es difícil desmentir la teoría de que, en naciones donde la corrupción alcanza niveles muy altos, esta se convierte en un medio para alcanzar el bien público. Es decir, beneficiar privadamente a los —parafraseando otro clásico— “Dueños del Poder” es la única forma de captar su interés para realizar obras de beneficio general¹²²⁵. Así, la posición ultraliberal que sostiene que la corrupción es *“the oil that keeps the engine running smoothly”*¹²²⁶ podría considerarse una teoría económica obsoleta e indigna, aunque en su tiempo fue defendida por economistas de la talla de Nathaniel Leff en los años sesenta y, en una segunda generación, por Susan Rose-Ackerman, Paulo Mauro y Daniel Kaufmann. Esta es la teoría de los beneficios de la corrupción en sociedades burocráticas (o, retomando la metáfora, *The efficient grease hypothesis*¹²²⁷), que parece bastante realista y vigente hasta la fecha¹²²⁸.

La corrupción, según Nathaniel Leff en su *Economic Development Through Bureaucratic Corruption* tiene un impacto positivo en la economía de ciertos países, especialmente cuando se utiliza para superar el *“bureaucratic redtapism, bureaucratic*

¹²²⁵ También otro clásico sobre la formación sociopolítica brasileña, “Os Donos do Poder”, así explica la figura de ese “colonel” informal: “Segundo esse esquema, o homem rico – o rico por excelência – na sociedade agrária, o fazendeiro, dono da terra, exerce o poder político, num mecanismo em que o governo será o reflexo do patrimônio pessoal. Mais um passo lógico: o coronel, economicamente autônomo, formará o primeiro degrau da estrutura política, projetada de baixo para cima”. FAORO, R. *Os donos do Poder*. v. 2. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 243.

¹²²⁶ La expresión es referida por PIETH, M. International Cooperation to Combat Corruption. In: ELLIOT, K. A. (Ed). *Corruption and Global Economy*. Washington: Institut for International Economics, 1997, pero atribuida como cosa del pasado. En sus palabras “Especially in the 1970s, some economists even argued that corruption was actually helpful to development – ‘the oil that keeps the engine running smoothly’. Another explanation heard frequently in business circles may be more honest: that the strains of globalization and increasing international competition are so considerable that they simply cannot forego bribery as a means of last resort to keep their production in some markets”. (p. 120)

¹²²⁷ El nombre de la hipótesis aparece específicamente en ISHOLA, M. H. Fighting corruption: an expectation augmented approach. *Humanomics*, v. 28, n. 02, p. 133-147, 2012, p. 135. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/08288661211228898>.

¹²²⁸ El conocido artículo de Kaufmann: “Corruption, the facts”, de 1997, retoma a Nathaniel Leff, que recordaba que “corruption may introduce an element of competition into what is otherwise a comfortable monopolistic industry” KAUFMANN, D. Corruption: The Facts. *Foreign Policy*, n. 107, 1997, p. 114–31. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1149337>. Acceso en: 30 abr. 2024, p. 114. Leff en 1964, escribe el conocido trabajo “Economic development through Bureaucratic corruption” *American Behavioral Scientist* Volume: 8, 1964, p. 8-14

bottleneck, or bureaucrats who are hostile and politicians who are indifferent to economic growth and development”¹²²⁹.. En palabras de Momoh, "corruption may be an effective policy system for breaking up deeply entrenched social and economic patterns in a particular country."¹²³⁰

No se puede afirmar que la corrupción sea exactamente un beneficio, sino más bien una realidad, ya que es la forma de operar de los gobernantes, quienes no muestran interés directo en el progreso de las inversiones si no obtienen una parte de los fondos públicos en forma de soborno¹²³¹. Volviendo una vez más a Buarque de Holanda, nos encontramos frente a la cordialidad en su sentido específico, en la idea de que lo público es, en parte, privado. En este sentido, cuando se confunden el Estado y la propiedad privada, desde los caudillos y coroneles hasta los políticos actuales o los funcionarios de menor rango, la corrupción se convierte en el mecanismo para destrabar la burocracia, lo que explica su perpetuación desde sus orígenes culturales. En otras palabras, aunque económicamente el postulado de Leff pueda carecer de sentido moral, desde la perspectiva de los países desarrollados explica la actitud latinoamericana hacia la corrupción y su utilidad para los intereses de las naciones más avanzadas.

La hipótesis de la corrupción como el '*efficient grease*'¹²³² es un micromundo dentro de la cuestión ética del utilitarismo: aunque inicialmente pueda parecer

¹²²⁹ LEFF, N. H. "Economic development through Bureaucratic corruption" *American Behavioral Scientist* Volume: 8, 1964, p. 8-14. Publicada en *American Behavioral Scientist* Volume: 8, 1964, p. 9

¹²³⁰ MOMOH, Z. Political economy of public choice and corruption. *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention*, v. 09, n. 11, p. 2349-2031, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.18535/ijsshi/v9i011.02>.

¹²³¹ Sobraría decir que la corrupción, hechas las cuentas, significa pérdida económica. A final, si alguien se apropia de dinero que debería tener destinación al bien público, eso representa un coste. Como aquí se defiende, no serían necesarios grandes estudios económicos para comprobarlo, sin embargo, en nombre de la exactitud, los hay. Es el caso del relevante artículo de Seligson, contrastando exactamente los estudios de Leff y Kaufmann, y aplicándolo a América Latina "Indeed, much classic literature focusing on the Third World saw corruption as functional for political development, enabling citizens to overcome intransigent, inefficient bureaucracies while increasing loyalty to the political system. More recent research, however, points in the opposite direction toward an erosion of public support for corrupt regimes. A series of serious methodological problems has prevented the testing of these". SELIGSON, M. A. The impact of corruption on regime legitimacy: a comparative study of four latin american countries. *The Journal of Politics*, v. 64, n. 2, p. 408-433, 2002. <https://doi.org/10.1111/1468-2508.00132>.

¹²³² Hall y otros critican de modo más contemporáneo los estudios que atestan la *efficient grease*, al poner de manifiesto que ellos no determinan cuanto ingreso de capital en la economía existe cuando hay corrupción. : "Many previous studies in the literature acknowledge that the institutional setting helps determine income, but few examine the possibility that the setting determines the impact of corruption on income". Además, postulan el coste del *combate a la corrupción* en las "weak economies", en la hipótesis que nominan: "increasing marginal cost of corruption" HALL, J. LEVENDIS, J.; and SCARTIOFOLLO, A. R., "The Efficient Corruption Hypothesis and the Dynamics between Economic Freedom, Corruption, and National Income" (2019). Economics Faculty Working Papers Series. 38, 2019, pp. 14-15.

beneficiosa, es necesario considerar cuáles son los objetivos que se buscan potenciar con la actividad económica. Sobra decir que la decisión de criminalizar la corrupción internacional, iniciada con la FCPA y solo adoptada en Europa y América Latina en los años 2000¹²³³, refleja cuán tardía fue la conclusión de que la cooperación internacional es imprescindible para perseguir esta práctica, que, si se considera en la economía de un país específico, puede resultar rentable. No en vano, la ley que ha criminalizado la corrupción transnacional en España comienza con una referencia especial a los esfuerzos de la OCDE^{1234,1235}.

Es a partir de este espíritu más crítico que surge la visión de que existen Estados donde la corrupción está tan arraigada que configura un sistema de gobierno. Se trata de la cleptocracia, que, como su propio nombre indica, es un gobierno no solo dirigido por corruptos, sino basado en la corrupción. Así, para Walker, la cleptocracia se define como un “sistema de gobierno en el cual las élites abusan de su posición política para malversar los fondos públicos”¹²³⁶. Parte de la literatura política más reciente intenta replicar estos conceptos, pero, como aquí se sostiene, no se avanza mucho más allá de lo que el término

¹²³³ En España, con la Ley Orgánica 03/2000, firmada en 11 de enero de este año, y que añade el artículo 445 bis al Código Penal, con el siguiente texto: “Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.»”.

¹²³⁴ Así la exposición de Motivos de la Ley 03/2000, ya referida: “La ratificación por España del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997, conlleva la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio. Se pretende así complementar la normativa penal, incluyendo los presupuestos de este Convenio que no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales”.

¹²³⁵ Otra vez, en palabras de Pieth, la cuestión sería la de que “What might to be a short-term benefit to the individual business may be quite socially detrimental on a broader scale over a long term”. PIETH, M. International Cooperation to Combat Corruption. In: ELLIOT, K. A. (Ed). *Corruption and Global Economy*. Washington: Institut for International Economics, 1997, p. 120.

¹²³⁶ WALKER, C.; ATEN, M. The Rise of Kleptocracy: A Challenge For Democracy. *Journal of Democracy*, v. 29, n. 1, 2018, p. 20-24. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/jod.2018.0001>.

sugiere por sí mismo¹²³⁷, ¹²³⁸. La idea es casi intuitiva y proviene de lo que ya observaba Leff en su tiempo, es decir, que existen sistemas en los que la corrupción es la norma.

Permítase aquí una rápida ilustración: muy recientemente, en Brasil, en el conocido caso *Odebrecht*¹²³⁹, uno de los magistrados de la Corte Suprema utilizó este término para referirse al gobierno del Partido de los Trabajadores, cuya corrupción fue expuesta en dicho caso¹²⁴⁰. En el mismo proceso, uno de los abogados defensores, al representar a un empresario, afirmó que, dada la situación de los contratos públicos en el país, sin el pago de sobornos “no se pone un ladrillo en la pared”¹²⁴¹.

Determinar si los países de Latinoamérica alcanzan el nivel de *kleptocracy* implicaría entrar en una cuestión irrelevante para el presente estudio, ya que menos contribuiría a comprender la realidad latinoamericana y más a intentar establecer un concepto que, aunque intuitivamente claro, aún carece de parámetros concretos. Lo

¹²³⁷ Por ejemplo, em Magyar “However, as Wedeman (2018: 89) explains, kleptocracy in the recent literature has been dominantly used to define a 'more decentralized and oligopolistic' system of corruption wherein '[the] chief of state and his inner circle do not control [...] oligarchs [...] but instead run their own shadowy "business" empire while playing oligarchs against one another and taking a cut of their gains” MAGYAR, B.; MADLOVICS, M. From Petty Corruption to Criminal State: A critique of the Corruption Perceptions Index as Applied to the Post-Communist Region. *Intersections*, [Budapest], v. 5, n. 2, 2019. Disponible em: doi:10.17356/ieejsp.v5i2.504.

¹²³⁸ Sí que es notable que la cleptocracia se pueda dar más en países en relación con la periferia mundial, por lo que ya se ha mentado: el método de producción de servir a un sistema industrial externo. En tal sentido es que Verdier y otros notan como la cleptocracia mejor se identifica en países cuya economía es de suministrar recursos minerales a países desarrollados. Ejemplifica, como cleptocráticos, especialmente países africanos: “...**First, kleptocratic regimes seem to be more common in natural-resource-rich countries such as the Congo, Liberia, Sierra Leone, and Nigeria, which is consistent with our result that, as long as producer groups are not too patient, greater natural resource rents facilitate kleptocracy.**” ACEMOĞLU, D.; ROBINSON, J.; VERDIER, T. Kleptocracy and divide-and-rule: a model of personal rule. *Journal of the European Economic Association*, v. 2, n. 2-3, p. 162-192, 2004, p. 164. Disponible en: <https://doi.org/10.1162/154247604323067916>.

¹²³⁹ Como aquí se ha resaltado repetidas veces, el caso Odebrecht, aunque no sea el centro de esta investigación, es un punto de partida experimental, porque concretó la delación premiada y le otorgó sentido en Latinoamérica. Al final, los propios tribunales destruyeron toda su labor, pero por cuestiones que nada tienen de jurídicas, sino únicamente políticas. Dado que son puramente políticas, no tienen cabida en este estudio.

¹²⁴⁰ “O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, voltou a atacar o Partidos dos Trabalhadores. Ele afirmou nessa sexta-feira (18) que o PT instalou um modelo de governança corrupta, definido pelo próprio ministro de "cleptocracia", que significa estado governado por ladrões. Ministro Gilmar Mendes diz que PT instalou a 'cleptocracia' no país. *Globo News*, [s/l], 18 set. 2019. Disponible em: <https://g1.globo.com/globo-news/noticia/2015/09/ministro-gilmar-mendes-diz-que-pt-instalou-cleptocracia-no-pais.html>.

¹²⁴¹ La traducción no es exacta, pero está en su mejor contexto. “Mário de Oliveira Filho, advogado do lobista Fernando Antônio Falcão Soares, o Fernando Baiano, fez uma afirmação perturbadora. Disse ele: “O empresário, se porventura faz alguma composição ilícita com o político para pagar alguma coisa, se ele não fizer isso, não tem obra. Pode pegar qualquer empreiteirinha e prefeitura do interior do país. Se não fizer acerto, não coloca um paleopédo no chão”. Seguir leyendo: AZEVEDO, R. Advogado diz que não se faz obra no país sem pagar propina! Cinismo? Não! É apenas uma verdade. E aí?. *VEJA*, [s/l], 2014. Disponible em: <https://veja.abril.com.br/coluna/reinaldo/advogado-diz-que-nao-se-faz-obra-no-pais-sem-pagar-propina-cinismo-nao-e- apenas-uma-verdade-e-ai>.

relevante para este texto es simplemente señalar que existe una diferencia significativa entre lo que se entiende por corrupción en Estados Unidos y Europa, por un lado, y en Latinoamérica, por otro. En esta brecha radica la gran urgencia de desarrollar instrumentos para combatir la criminalidad organizada no violenta, en este caso, la corrupción.

Con esto, se intenta demostrar que no se trata de un prejuicio o una mera percepción subjetiva: América Latina tiene una relación distinta con la delación premiada debido a su situación particular de crimen organizado¹²⁴², lo que exige medidas diferentes a las de Europa, especialmente si se ha optado por el concepto, dicho también sin prejuicios, de ‘civilización’ en el contexto de la colonización.

5.10 Tipificación autónoma de pertenencia a la criminalidad organizada

El reflejo de todo esto, a día de hoy, es el intento del legislador de crear nuevas leyes contra el delito organizado. Argentina incorporó en su legislación el texto de la Convención de Palermo mediante la Ley 25.632, del año 2001. Sin embargo, lo que el propio gobierno denominó “La ley del Arrepentido” (Ley 27.304) es también una norma con trasfondo en la criminalidad organizada, especialmente por aplicarse a delitos como la producción y el tráfico de drogas, corrupción de menores, prostitución y trata de personas, pornografía infantil, contrabando, asociación ilícita, corrupción y delitos contra el orden financiero. Sus efectos ya fueron analizados en el primer capítulo de esta obra. Otros países, como se ha visto en dicho capítulo, han adoptado medidas similares.

En Brasil ya existían algunas leyes sobre criminalidad organizada, pero la vigente es la Ley 12.850 de 2013. Aunque la delación premiada había sido contemplada desde la ley de lavado de activos, de mediados de los años 1990, lo cierto es que fue la ley de 2013 la que proporcionó los instrumentos para la delación premiada, especialmente en el contexto del Caso *Odebrecht*, que reveló gran parte de la corrupción política en Latinoamérica. En Perú, la Ley 30077, en su artículo 2, introduce la definición de un tipo

¹²⁴² El índice de existencia y resiliencia a la criminalidad organizada está actualizado en <https://ocindex.net/report/2023/04-continental-overview.html#americas>.

autónomo de criminalidad organizada¹²⁴³. De igual manera, el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 2021, impone un delito de simple pertenencia a una organización criminal. Como en otros instrumentos legislativos, se define el delito autónomo de organización criminal de la siguiente forma: “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que, por sí solas o combinadas, tienen como fin o resultado cometer alguno de los siguientes delitos, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”. Los delitos previstos incluyen terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados (art. 138 de la Ley General de Población) y tráfico de órganos.

En Argentina, la pertenencia a organizaciones criminales está tipificada en el Código Penal. Específicamente, el artículo 210 bis del Código Penal argentino aborda este tema. Este artículo establece la pena para quienes formen parte de una asociación ilícita u organización criminal. El artículo 210 bis del Código Penal argentino establece: "Será reprimido con prisión de tres a diez años el que formare parte de una asociación ilícita, aunque no participe en la comisión de delitos, si se tratare de una banda cuya actividad, estructura u organización interna presentare características de las tipificadas en el artículo 41 ter del Código Penal." El artículo 41 ter define las características de las organizaciones criminales y establece que la asociación o banda debe estar estructurada de manera jerárquica, con división de tareas o funciones, y con permanencia en el tiempo para ser considerada como tal.

En Colombia, la Ley 1908 de 2018 distingue entre “Grupos Delictivos Organizados” y “Grupos Armados Organizados” y amplía el concepto de criminalidad organizada para modificar el artículo 340, que define el “concierto para delinquir”¹²⁴⁴,

¹²⁴³ Ley 30077: Art. 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal 1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley. 2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

¹²⁴⁴ “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos

previando una pena de 8 a 18 años de prisión para casos de delincuencia organizada, además de añadir el concepto de “Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados”, que puede conllevar penas de hasta 10 años de prisión¹²⁴⁵. Este artículo, que tiene homólogos en otras legislaciones de América Latina, reaviva el debate sobre las conductas neutrales, ya conocidas en la dogmática penal, pero poco consideradas por el legislador que produce esas normas de ‘combate’.

Un tipo autónomo de pertenencia a la criminalidad organizada también se encuentra en el artículo 570bis del Código Penal de España, de que se va a abordar más específicamente, a modo de ejemplo, en el capítulo final¹²⁴⁶. El Código Penal alemán ha optado, en su §129, por distinguir entre la pertenencia a organizaciones terroristas (§129a) y la pertenencia a delincuencia organizada en general¹²⁴⁷.

En vista del tema de este texto monográfico, es relevante destacar dos elementos específicos de los tipos penales de organización criminal: todos ellos contienen dos

contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹²⁴⁵ *Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados*. El que ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos o científicos, ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, incurrirá por esta sola conducta en prisión de seis (6) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por veinte (20) años

¹²⁴⁶ Véase, especialmente, 8.6.

¹²⁴⁷ “En el ámbito de la Unión Europea, con base en lo dispuesto en el Tratado Fundacional de la Unión Europea (2007), se implementó la Acción Común 98/733/JAI (Consejo de la Unión Europea, 1998) respecto de la tipificación penal de la participación en el seno de la organización criminal. La acuciante preocupación sobre esta modalidad de delincuencia hizo que, en la Unión Europea, la lucha contra ella se orientase a una política por la libertad, la justicia y la seguridad, como lo definió el Programa de Tampere en 1999 (Consejo Europeo de Tampere, 1999). La Decisión Marco 2008/841/JAI (Consejo de la Unión Europea, 2008, art. 2) instó a los Estados a contemplar en su articulado como tipo delictivo las acciones tanto de participación activa y colaboradora en las actividades ilícitas de la organización criminal como el mero acuerdo de colaboración futura o conspiración para delinquir. Por su parte, el artículo 1.1 de este instrumento definió la organización delictiva como una agrupación estructurada de tres o más individuos que actúan de forma concertada y durante cierto periodo de tiempo para la comisión de delitos de cierta gravedad, con el propósito de lucro económico o de otro beneficio material, con lo cual exigió que estos tengan aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de al menos cuatro años. El artículo 1.2 de la misma Decisión definió la asociación estructurada como “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”. Por su parte, el artículo 3 contempla la pena máxima a imponer de “al menos entre dos y cinco años”, para quien pertenezca o colabore con una organización delictiva, y las atenuantes y eximentes se definieron y sugirieron en el artículo 4, ante comportamientos como abandonar la actividad delictiva, proporcionar información o impedir, acabar o atenuar sus efectos, entre otros comportamientos. GINER-ALEGRÍA, C. A.; MORENTE-GARCÍA, R. Organización criminal como tipo penal idóneo en la lucha contra la delincuencia organizada en España. *Revista Científica General José María Córdova*, v. 20, n. 40, p. 891-907, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.21830/19006586.913>.

características distintivas que intentamos resaltar: (1) la **multiplicidad de agentes**, con una capacidad orgánica (la jerarquía) que trasciende el simple concierto criminal de relación entre autores y partícipes; y (2) la **permanencia en el tiempo** o, en otras palabras, la intención de proyectarse al futuro¹²⁴⁸.

En teoría, lo que constituye una anticipación de la tutela penal, basada en la mera pertenencia a una organización, como contemplaba la decisión-marco europea, hoy se observa claramente como un aumento de pena, especialmente en el contexto de la justicia negociada. En la definición más específica de *bargain*, el tipo penal de criminalidad organizada, cuyo bien jurídico protegido es poco comprendido, se utiliza en los países que aceptan la justicia negociada como simple elemento de presión.

Así, en la opinión que aquí se sostiene, la criminalidad organizada y la delación premiada mantienen una relación circular y casi simbiótica, basada en tres aspectos distintos que dividimos de la siguiente manera: (a) como fenómeno de la *realidad* percibida, (b) como norma primaria (tipo) y (c) como norma secundaria (sanción). La retroalimentación puede explicarse de la siguiente forma: como fenómeno, la criminalidad organizada exigió elementos específicos de combate, entre los cuales se encuentra la delación premiada; la creación del tipo penal de criminalidad organizada, independientemente de su pena, autoriza los acuerdos penales de delación, ya que, en teoría, esta solo puede aplicarse en el marco de la delincuencia organizada o, al menos, en casos graves de coautoría¹²⁴⁹; en ese punto, la efectividad de la delación activa la

¹²⁴⁸ Véase, adelante, 8.6 y ss.

¹²⁴⁹ No se puede ignorar, sin embargo, que existe una tendencia a extender el concepto de delación hacia el de “informante general”. Esto implicaría que se aceptaría como intercambio cualquier tipo de información general sobre delincuencia, aunque no esté relacionada directamente con la organización a la que pertenece el delator. Esta sería, en esencia, la figura del ‘informante’, que otorgaría una narrativa unificada al tema, dividiendo el mundo en dos bandos: el de la ‘ley’ y el de la ‘criminalidad’. De cierto modo, esto es lo que ocurre en el contexto del *War on Drugs*, hasta el punto de permitir, como se ha documentado ampliamente, que un delator proporcione información sobre grupos rivales de narcotraficantes. Un caso conocido en Estados Unidos, en la década de 1970, es el de James “Whitey” Bulger, un jefe criminal de origen irlandés que lideró la banda de Winter Hill en Boston. Bulger continuó ejerciendo el narcotráfico con el beneplácito del FBI, pero manipuló a la policía para que las informaciones perjudicaran al bando rival. De esta manera, su condición de informante aumentó sus ganancias en el narcotráfico. El caso es bastante conocido y ha sido ampliamente documentado en libros periodísticos que abordan el tema.. Véase: CULLEN, K.; MURPHY, S. *Whitey Bulger: America's Most Wanted Gangster and the Manhunt That Brought Him to Justice*. [New York]: W. W. Norton & Company, 2000. LEHR, D.; O’NEIL, G. *Black Mass: Whitey Bulger, the FBI, and a Devil’s Deal*. New York: PublicAffairs, 2013. CULLEN, K.; MURPHY, S. *Whitey: The Life of America's Most Notorious Mob Boss*. New York: Crown Publishing Group, 2013.

norma secundaria, que corresponde a la pena prevista para el delito autónomo de pertenencia a la organización criminal.

Mientras que el precepto primario es el elemento que autoriza la herramienta de delación, el precepto secundario es el que la hace efectiva: el aumento de la pena potencial por un tipo abierto de mera pertenencia, que a menudo supera la pena del delito principal al que se dedica la organización, es a la vez un mejor instrumento de amenaza y, por ende, de negociación para la parte acusadora, que busca más información sobre la delincuencia¹²⁵⁰¹²⁵¹.

5.11 Criminalidad organizada y tácticas de guerra

Las propias leyes penales internas trataron, como se ha visto, de conceptualizar las organizaciones criminales. No corresponde a este estudio redefinir esos conceptos. Para este recorrido argumentativo, basta con que quede demostrado que el origen inmediato de la delación premiada, es decir, del instituto que ahora renace en las legislaciones del sistema latino-germánico, es la declaración de guerra a las organizaciones criminales. En términos de América Latina, es imposible comprender la historia de la entrada de este instituto sin considerar la guerra contra los cárteles a partir del *Plan Colombia*¹²⁵² o, más contemporáneamente, en Brasil, el intento —recientemente frustrado— de combatir la composición de una cleptocracia. La influencia norteamericana en este proceso es evidente, pero por sí sola no puede ser motivo para rechazar un instrumento que resulta eficaz ante problemas aparentemente globales.

Es cierto que Estados Unidos se preocupa por el control, en tierras principalmente latinoamericanas, de los dos tipos de delitos característicos de la criminalidad organizada, por ello estudiados en el presente capítulo. (1) Primero, el narcotráfico porque, a

¹²⁵⁰ En un ejemplo sencillo, en presupuestos de delación negociada en una banda criminal dedicada al narcotráfico, un pequeño traficante tendría una pena final de cuatro años de prisión, mientras que la pertenencia al grupo organizado le impondría una de seis o siete años. Si se piensa en un delito-fin como el contrabando, la desproporción se hace más evidente. La amenaza de pena es de doce años (sin considerar un posible lavado de dinero), y la negociación permite reducirla a dos años, cumplidos en libertad..

¹²⁵¹ Sobre el efecto de prevención general negativa autónomo en la delación premiada, véase, atrás, 3.3.3.1

¹²⁵² Sobre el Plan Colombia, véase, atrás, nota en 5.9.3

diferencia de otros tipos de delitos, este tiene efectos directos en territorio estadounidense¹²⁵³; (2) En segundo lugar, también se ha comprendido, con el paso de los años, que la corrupción interna de Latinoamérica afecta la libre competencia de las empresas en Estados Unidos, a partir del desarrollo de ideas que refutan la doctrina del *efficient grease*. Desde la **FCPA**, en los años 1970, hasta la imposición del *compliance* actual, la idea ha sido que las empresas no estadounidenses poseen una mayor capacidad para sobornar a autoridades latinoamericanas, lo que distorsiona la libre competencia. De este modo, la imposición estadounidense de tipificar la criminalidad transnacional y de imponer sistemas de cumplimiento a las empresas se extendió por todo el mundo¹²⁵⁴. Fue a comienzos de los años 2000 cuando la **OCDE** logró que la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros entrara en vigor, incorporando en varios códigos penales del sistema latino-germánico el tipo penal de corrupción de funcionario público extranjero.¹²⁵⁵

¹²⁵³ Es bastante notorio, como se comentará en el último capítulo, que el objetivo de *war on drugs* para Estados Unidos ha cambiado del eje México-Colombia, centrado en la cocaína, hacia los lugares donde se dice que se producen los **opioides sintéticos** que componen el fentanilo. Como sustancia totalmente sintética, el fentanilo depende de insumos no opiáceos (es decir, no derivados de la amapola), sino opioides, es decir, que **imitan** el efecto del opio en el cerebro. Estos insumos no se producen en América Latina. La entrada del fentanil en Estados Unidos podría transformar considerablemente la economía de las drogas en América Latina, pero ello es una observación para el futuro. De momento, el mercado de la cocaína movimenta sus miles de millones de dólares y el descenso todavía no está documentado.

¹²⁵⁴ El 10 de febrero de 2025, con todo, el gobierno recién inaugurado de Donald Trump **suspende la FCPA** para “garantizar la economía americana y la seguridad nacional”. Así reza la preliminar del decreto presidencial: “The President’s foreign policy authority is inextricably linked with the global economic competitiveness of American companies. American national security depends in substantial part on the United States and its companies gaining strategic business advantages whether in critical minerals, deep-water ports, or other key infrastructure or assets”. Se puede consultar directamente el decreto en la página de la Casa Blanca: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/pausing-foreign-corrupt-practices-act-enforcement-to-further-american-economic-and-national-security/>

¹²⁵⁵ La página de la OECD hace notar que la “Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions entró en vigencia son 14 de febrero de 1999. La convención establece, como primer artículo: “1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.” Véase: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. [s/f]: OECD, 1997. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>. Eso causó, en Alemania, la “Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung” (Ley de Lucha contra el Soborno Internacional) en 1998. Aunque el delito aparece en ese año, hubo una reforma importante en 2002 y otra en 2006, que ampliaron la tipificación para incluir sobornos en transacciones comerciales extranjeras. La modificación del Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch, StGB) en 2006 incluyó la tipificación bajo el artículo 299 del StGB y el artículo 335a, enfocado en la corrupción en transacciones comerciales internacionales. En España, la Ley Orgánica 01/2015, por su artículo ciento y cincuenta y siete, añade el art. 286 ter, con este texto: “«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona

Como medida para combatir a estos enemigos de la economía estadounidense, el sistema de delación, renacido contemporáneamente en ese país, se impone. Sin embargo, este origen, aunque tantas veces mencionado aquí, no es lo esencial en este estudio, sino únicamente en la medida en que ha influido en la cultura y las circunstancias que llevaron a la creación de una nueva guerra contra el delito, de la que la delación forma parte. Conforme se ha analizado, la cultura anglosajona tiende a naturalizar lo que aquí se denominaría *derecho de combate*, mediante fórmulas penales que al sistema latino parecen desproporcionadas, como la pena de muerte o la cadena perpetua, esta última nada infrecuente en Norteamérica para delitos de mayor gravedad.¹²⁵⁶.

Cabe recordar, en este sentido, que en su origen contemporáneo la delación fue criticada incluso en Estados Unidos, no exactamente por ser una táctica de guerra, sino por constituir una forma proscrita de esta. Como ya se ha mencionado, un texto clásico, aunque ahora poco recordado, de John Langbein equiparó directamente la delación premiada con la tortura. Langbein, en 1978, argumentó que las razones por las cuales la Europa medieval aceptaba la tortura como medio de prueba eran exactamente las mismas que, en la década de 1970, hacían resurgir la recompensa al delator: la dificultad para obtener pruebas fiables. A partir de ahí, analizó la decadencia del jurado popular en su

interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años”. Brasil, que también firmó la convención de la OCDE, por la ley 10.467 incluyó la corrupción activa internacional en su Código Penal, por su artículo 337-B, complementado por el 337-D. “Artigo 337-B: Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional. Pena - Reclusão de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único: a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

¹²⁵⁶ La oposición al insituto es grande, pero más por cuenta de errores judiciales que por la cruealdad de la pena en sí misma. En 1994, Bedau sostenía ese argumento y mostraba una investigación por la cual, en los 20 años anteriores, 48 personas que estaban en la “death row” fueron absueltas, porque inocentes. “The report concludes that there is a real danger of innocent people being executed in United States”. *Innocence and the Death Penalty: Assessing the danger of mistaken executions*, BEDAU, Hugo Adam (ed.). *The death penalty in America*. Oxford University Press, 1998. En versión más reciente, como ensayo con argumentos pros y contras: BEDAU, H. A.; CASSELL, P. G. (ed.). *Debating the death penalty: Should America have capital punishment? The experts on both sides make their case*. [Oxford]: Oxford University Press, 2005. El debate es muy amplio, pero aquí interesa solamente notar como la cuestión sigue discutida y, en gran medida, aceptada en Estados Unidos, sin perspectivas de cambios a corto plazo.

país, sustituido por el *plea bargain*, que no sería más que una forma de coaccionar al acusado para que confiese.¹²⁵⁷

En sus palabras, “existe diferencia entre tener tus miembros aplastados si no quieres confesar y enfrentar años adicionales de cárcel por no colaborar; pero esa diferencia es cuantitativa, no cualitativa”¹²⁵⁸. Algunas leyes intentan evitar que este efecto sea tan directo, como aquellas que prohíben que el reo sea puesto en libertad inmediatamente después de aceptar delatar¹²⁵⁹, pero estas medidas son paliativas y no logran ocultar la idea ontológica de tortura: o aceptas cooperar, o sufres una pena futura.

El hecho de que se trate de una posible reducción de la pena y no de un aumento no significa que no se esté aplicando una táctica de combate, sino simplemente que se trata de una táctica "positiva", como se analizará en el capítulo siguiente, sobre el perdón. Su aspecto positivo, siempre que no sea meramente formal¹²⁶⁰, elimina la idea de que pueda considerarse una forma de tortura, dado que las opciones son, por un lado, la aplicación de la pena justa y, por otro, el perdón, que se desarrollará en el capítulo siguiente. Aun así, sigue siendo un elemento de combate, ya que la guerra implica la adopción de estas medidas que, como mínimo, alteran el equilibrio normal de valores y afectan la excepcionalidad¹²⁶¹.

La aproximación de la delación a un elemento de combate no debe interpretarse como un rechazo directo al instituto. Tampoco implica que pierda por completo su naturaleza como circunstancia posdelictiva que puede ser valorada positivamente dentro de los límites de un derecho penal regular, siempre que exista una mínima proporcionalidad. Debe encontrarse el punto en el que se logre un equilibrio, pero esto

¹²⁵⁷ Véase: RODRÍGUEZ, V. G.; GOMES, A. C. La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 188, ano 30, p. 337-397, fev. 2022. En ese texto, profundizamos en el análisis de las postulaciones de Langbein.

¹²⁵⁸ “There is, or course, a difference between have your limbs crushed if you refuse to confess, and suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargain, like torture, is coercive”, LANGBEIN, J. H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [Chicago], v. 46, n. 1, Article 3, 1978, p. 18.

¹²⁵⁹ Es lo que pasó con la ley 13.964/2019, que recomendó cautela al juez para la ‘voluntariedad’ de la manifestación de voluntad del delator, cuando esté en prisión. En los términos de la Ley, que modificó la ley brasileña de Combate al Crimen Organizado, el juez analizará si: “IV - **voluntariedade** da manifestação de vontade, **especialmente** nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de **medidas cautelares**”. Actual inc. IV del § 7º, del art. 3º-C de la Ley 12.850/2013, por modificación en 2019.

¹²⁶⁰ Es decir, que no se formulen acusaciones exageradas, a partir de tipos penales de fácil acoplamiento acusaciones, como el propio delito de pertenencia a organizaciones, o el tan recurrente como inseguro delito de lavado de dinero.

¹²⁶¹ Véase, adelante, 8.9.

implica retomar el mismo debate: dicho equilibrio —que no es más que la prevención de un estado de guerra absoluta— resulta mucho más difícil de alcanzar cuando la presión ejercida por la criminalidad organizada es tan intensa, como ocurre en América Latina.

Como se verá en el último capítulo, se plantea un elemento de escala: cuanto mayor sea la presión política para combatir la delincuencia organizada, más se emplearán los instrumentos jurídicos propios de un contexto de combate o tendencia hacia la guerra, integrándose en la legislación y aceptándose los valores específicos de dicho sistema. Es decir, el entorno político y social es lo que legitima la activación de todo el aparato para enfrentar a la delincuencia.

El caso latinoamericano, en particular, resulta más complejo en este sentido, ya que hay momentos en los que el propio *enforcement* declara tácitamente que el combate a organizaciones criminales, como las dedicadas al narcotráfico o a grandes redes de corrupción, sencillamente deja de ser una prioridad. En consecuencia, el fundamento de la guerra se convierte en una causa para la anulación de condenas impuestas a corruptos o narcotraficantes. Por ello, es necesario que, aunque haya combate, este se legitime dentro del ordenamiento jurídico¹²⁶².

5.12 Criminalidad organizada y la ética del delator

Desde la perspectiva que aquí se defiende, la criminalidad organizada alcanza un nuevo baremo, en un nivel de complejidad que no es solo cuantitativo, sino que altera la propia esencia de lo que constituye un grupo criminal. Esto conlleva una consecuencia para este estudio: en la organización criminal, el compromiso de la asociación ya no responde al antiguo *societas delinquendi*; por lo tanto, el vínculo moral del delator con la organización es mucho más débil.

¹²⁶² Véase adelante, especialmente, 8.10.1.

El compromiso asociativo al que se refería Dorado Montero ya no existe¹²⁶³¹²⁶⁴. Esto facilita la aceptación social de la delación, al tiempo que obliga a que la organización criminal, especialmente las violentas, establezca leyes internas de exterminio dirigidas contra los delatores. Desde esta perspectiva, la presión de la organización para castigar a los delatores tiende a ser progresivamente más severa cuanto menor sea el valor ético asociado a la delación¹²⁶⁵.

Cuanto mayor sea la organización, más se orientará el exterminio del delator a cumplir una función de prevención general negativa, en lugar de una justa retribución ética.

5.13 Conclusión

Las organizaciones criminales obligan al Estado a adoptar nuevas leyes de combate, ya que su naturaleza delictiva es distinta de la mera división de tareas propia de la coautoría y la participación. La delación premiada, como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, se hace más visible en la *War on Drugs* y en el enfrentamiento de la corrupción. Entre las distintas técnicas de un derecho penal con tendencia al combate, la delación se distingue por ser un elemento positivo, en tanto implica la anulación de la pena. Este es el aspecto que queda por analizar: una vez establecida la necesidad del combate, cabe preguntarse por este carácter novedoso, positivo y despenalizador del derecho penal, en contraste con la tendencia a generar más puniciones para los acusados.

La hipótesis del perdón es la que aquí se plantea con mayor énfasis, aunque su comprensión requiere abordar previamente otros aspectos, lo que se hará en los dos capítulos siguientes.

¹²⁶³ Sobre la naturaleza de la sociedad criminal en Dorado Montero, vease, atrás, 5.2

¹²⁶⁴ Los “códigos de ética” de grandes organizaciones criminales violentas de Brasil, como el *Primeiro Comando da Capital* (PCC) y el *Comando Vermelho*, por absurdo que parezca, pueden encontrarse impresos en cuadernos distribuidos en comunidades bajo su dominio o publicados en internet.

¹²⁶⁵ Véase, en este capítulo, 5.2

CAPÍTULO 06: PERDÓN FILOSÓFICO Y PERDÓN JURÍDICO

6.1 Introducción

El hecho de que la disminución de la pena por la delación se ubique dogmáticamente en la punibilidad no constituye una excusa, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, para dejar de buscar su naturaleza jurídica y su legitimidad. Las razones por las cuales se puede levantar o disminuir la pena aportan racionalidad al instituto, incluso para su cuantificación. La criminalidad organizada, analizada en el capítulo anterior, explica sus orígenes y objetivos, además de sugerir una situación de combate. En ese contexto, surge casi naturalmente la hipótesis de que el premio al delator sea una forma de perdón. Esa hipótesis puede generar un rechazo intuitivo en un primer momento, pero gran parte de ello, sostenemos ahora, proviene de la escasa comprensión que se tiene del perdón como figura manejada por el Estado y trasladada al derecho.

Para explicar el perdón como hipótesis de naturaleza jurídica, hay que converger desde lo más general hacia lo específico, en sus distintas vertientes. Ello implica un recorrido filosófico que tendería al infinito, pero aquí se hará un recorte introductorio. Solo en el próximo capítulo, que puede leerse como una continuación necesaria de este para la comprensión contemporánea del perdón, habrá elementos suficientes para tomar posición acerca de la naturaleza de la delación como tal. En caso de que se confirme total o parcialmente la hipótesis, esta vendrá a componer, aunque por vía teleológica, la

fundamentación obligatoria de la delación, como forma de compensar la anomia actual del instituto.

6.2 Análisis del perdón

En otro trabajo del autor de la presente tesis, se ha evaluado las características del perdón. En cierta medida, se utiliza en este capítulo una parte de ese estudio, que investigó los fundamentos filosóficos de dicha figura. Con todo, el repaso del tema en el marco de esta tesis no solo complementó el estudio más antiguo, sino que amplió algunas hipótesis y modificó radicalmente las conclusiones. Por lo tanto, se puede adelantar que algunas interpretaciones sobre lo que es el perdón han cambiado considerablemente. No obstante, las consideraciones sobre su origen se han mantenido prácticamente inalteradas, especialmente en lo que respecta a la contribución religiosa, que se abordará en los siguientes párrafos. Por lo demás, difiere considerablemente de escritos anteriores.¹²⁶⁶

6.3 Origen judeo-cristiano del perdón

En lo que atañe a la cultura occidental, es preciso asumir la postura de que el perdón, en la forma en que se entiende hoy, surge con la tradición judeocristiana. Aunque sea factible identificar manifestaciones de indulgencia en la antigüedad grecorromana, abundan pruebas de que la aplicación incondicionada y, en un estadio posterior, extendida de esta práctica hunde sus raíces en los principios de la fe monoteísta. La ‘indulgencia’ pre-judaica, a diferencia del perdón, representa un acto destinado a superar conflictos con el propósito específico de poner fin a un ciclo generacional de represalias¹²⁶⁷.

¹²⁶⁶ Este capítulo es el único que, en toda esta tesis, retomamos de publicación ya habida. Ello no perjudica la originalidad de esta monografía, incluso porque sus conclusiones son distintas. La publicación está en: RODRÍGUEZ, V. G. Nuevas tendencias del perdón en Derecho penal: utilitarismo, justicia y concreción de la paz. *Anuario de Filosofía del Derecho*, BOE, p. 215-250, 2022.

¹²⁶⁷ Véase, por ejemplo, las afirmaciones de David Leigh. Aunque el autor encuentre lo que llama de semillas para futuras creencias en el perdón, en el caso de Zeus. En sus palabras “As Greek culture evolved from the Heroic Age of Homer into the Classical Age of Pericles, the religion of the polis began to incorporate notions that can be seen as seeds of later belief in forgiveness”. Pero su afirmación es categórica: a causa de la ausencia de un Dios misericordioso, la política y la justicia de Grecia no conoció el perdón: “By the time of the Athenian republic, pity for the suffering or for the involuntary guilty act was seen as of some value in the pursuit of justice in the courts and in the pursuit of a reasonable foreign policy.

Los filósofos contemporáneos, aunque pocos, que se atreven a referirse a las influencias teológicas suelen apoyarse, paradójicamente, en autores críticos de toda creencia para introducir sus reflexiones sobre la historia de la religión. Un ejemplo de ello es Martha Nussbaum, quien recurre a Nietzsche para afirmar (como si fuera solo él quien lo expresara) que “hay momentos en que la investigación histórica resulta reveladora”¹²⁶⁸. Poco después, refiere a Foucault¹²⁶⁹ con el propósito de sustentar sus primeras argumentaciones, en las que sostiene que el concepto de perdón tiene su origen en el judaísmo. Desde este punto ya es posible advertir que el perdón, al ser una manifestación de la interacción humana, posee múltiples facetas y se vincula con algunas de las cuestiones filosóficas más profundas y perturbadoras, lo que, en última instancia, forma parte de la esencia del derecho penal. Esto, sin embargo, no lo convierte en un obstáculo insalvable. El desafío que implica esta apertura epistémica radica en la tendencia a fijar de manera arbitraria nociones, antecedentes y efectos que difícilmente pueden ser delimitados en asuntos de tal amplitud. Además, el riesgo de desarrollar argumentaciones que no conduzcan a una conclusión sustancial, más allá de lo ya conocido, es algo que, cabe decir, numerosos autores asumen sin reparos, pese a que sus razonamientos resultan, en cierta medida, caprichosos.

Algunos historiadores logran identificar rastros del arrepentimiento en la tradición filosófica greco-romana. Lambert resalta las reflexiones de Plutarco sobre la metanoia, en las que el pensador helénico, distanciándose de la influencia platónica en este ámbito, examina los procesos de manifestación del alma y la mente. La metanoia, entendida como arrepentimiento, es descrita como una “forma extrema de dolor”, un sufrimiento originado en la dimensión irracional del ser humano, pero que logra trasladarse a la racionalidad, lo que explica su persistencia en el tiempo. En la concepción de Plutarco, este dolor se presenta como una respuesta natural del sabio y permanece en la memoria de quienes aspiran a perfeccionar sus virtudes.

Such pity, as Dover says, was shown only if the offended person found an excuse in the ignorance, error, or weakness of the offender. Because the Greeks lacked a divine or messianic example of unconditional forgiveness, they did not feel a religious compulsion to forgive other persons” LEIGH, D.J. *Forgiveness, Pity, and Ultimacy in Ancient Greek Culture. Ultimate Reality and Meaning*, v. 27, n. 2, p. 152-161, 2004, p. 154. Disponible en: <https://utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/uram.27.2.152>.

¹²⁶⁸ NUSSBAUM, M. *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*. New York, Oxford: University Press, 2016, p. 58.

¹²⁶⁹ Es, como se ha dicho, una técnica retórica para vencer el prejuicio a cualquier consideración de rasgo teológico o religioso-cultural acerca de un fenómeno social: se apoya en la autoridad de autores reconocidamente agnósticos para tener licencia para abordar un tema judaico-cristiano.

Esa intensidad del sufrimiento es también abordada por filósofos de raíz judaica, quienes introducen el concepto en el ámbito religioso¹²⁷⁰. Lambert señala que la integración de la *metanoia* en el pensamiento judío se encuentra en los textos de Philo de Alejandría. Este filósofo del siglo I subraya que el proceso de adquisición de virtudes, entre las cuales se halla la metanoia, se fusiona con la auténtica sabiduría, es decir, las virtudes representan un tránsito de “paso de la idolatría al judaísmo”¹²⁷¹. En sus escritos, Philo sostiene que la conversión y el arrepentimiento están estrechamente ligados, y que Moisés percibe esta idea cuando recibe la inspiración divina para destruir el becerro de oro¹²⁷². En este episodio se encuentra la clave del proceso de conversión¹²⁷³. Según Philo, Moisés comprendió que la existencia humana está marcada por el tiempo y que este ofrece la oportunidad de expiar los pecados, una idea que se aleja, por ejemplo, de la práctica de los sacrificios de chivos expiatorios.

En otro de sus textos, Philo regresa al análisis de las virtudes y reafirma que a quienes abrazan la fe se les debe proteger, concediéndoles la posibilidad de arrepentirse. Para Moisés, la ausencia de pecado es un atributo divino, pero el arrepentimiento es propio de los sabios. En otra obra, Philo presenta a Noé como un personaje clave en la reafirmación de la conversión frente a aquellos que se consideran dioses a sí mismos, y subraya que Dios mismo enseña que todos deben ser tratados con respeto y perdón¹²⁷⁴. Esta, aclara Philo, sería una primera forma de comprensión del arrepentimiento, surgida

¹²⁷⁰ Ejemplo claro es la Epístola de San Pablo a los Romanos: Romanos 7:15-20 (Vulgata Latina): 15 Quod enim operor, non intellego. Non enim quod volo bonum, hoc ago; sed quod odi malum, illud facio. 16 Si autem quod nolo, illud facio, consentio legi quoniam bona. 17 Nunc autem iam non ego operor illud, sed quod habitat in me peccatum. 18 Scio enim quia non habitat in me, hoc est, in carne mea, bonum. Velle enim adiacet mihi, sed perficere bonum non invenio. 19 Non enim quod volo bonum, facio; sed quod nolo malum, hoc ago. 20 Si autem quod nolo ego, illud facio, non ego operor illud, sed quod habitat in me peccatum. Traducción al castellano: 15 Porque lo que hago, no lo entiendo. No hago lo que quiero, sino lo que odio, eso hago. 16 Y si hago lo que no quiero, reconozco que la ley es buen. De manera que ya no soy yo quien lo hace, sino el pecado que habita en mí. 18 Sé que en mí, es decir, en mi carne, no habita el bien; pues el querer está presente en mí, pero no el hacer el bien. 19 Porque no hago el bien que quiero, sino el mal que no quiero, eso hago.

¹²⁷¹ LAMBERT, D. A. *How repentance became biblical...*, cit., p. 157.

¹²⁷² Exodus, 32, 4.

¹²⁷³ "To do no sin is peculiar to God; to repent, to the wise man; and this latter is a very difficult thing, and hard to find. So the oracle says that " Moses diligently sought " in this mortal life the secret of repentance for sins; for he was intent on discovering a soul divesting itself of unrighteousness, and going forth without shame, naked of misdeeds". PHILO. *On flight and fiding*. Traducción: F. Colson. v. V. New York: Loeb Classical Library - Harvard University Press, 1988, item 157, p. 95.

¹²⁷⁴ "In this short sermon the value of repentance as the "second best" is insisted on, as shown primarily in those who are converted from idolatry and must be treated with all friendliness (175-179) and in general by passing from disobedience to obedience to the law which is not far off but in our "mouth, hand and heart " (180-184), and by " choosing " God, a choice which makes each single man his people (185-186). PHILO. *On Virtues*. Traducción: F. Colson. v. VIII. New York: Loeb Classical Library - Harvard University Press, 1988, p. 161-162.

de la conciencia de haber ofendido a Dios, lo que conduce al individuo a la conversión. Una segunda forma correspondería al arrepentimiento del propio converso, que, como señala Lambert, parece vincularse con la metanoia. Es decir, la diferencia entre las intenciones alineadas con la voluntad divina y las acciones que la contradicen. En sus propios términos¹²⁷⁵, la existencia es plena cuando los pensamientos concuerdan con las palabras y las acciones se corresponden con las intenciones. Cuando esa armonía se quiebra, surge el arrepentimiento.

El cauce que evidencia la transición del concepto de arrepentimiento desde la tradición griega hacia el judaísmo —y que posteriormente se consolidará en el cristianismo— es el nexo que se establece entre religión y moral. En el decálogo revelado por Moisés, se encuentran consignadas normas de conducta explícitas que pasan a convertirse en los nuevos fundamentos de la virtud. La consecuencia inmediata de ello es que el dolor moral derivado de no haber alcanzado la virtud se transforma en el sufrimiento provocado por la desobediencia a Dios. Por este motivo, toda ofensa es dirigida, en primera instancia, a Dios, como lo expresa el Salmo 51: “Contra ti, contra ti solo he pecado”.

Esta relación entre la moral y la voluntad divina conlleva, como resultado, la necesidad de expiar los pecados. La idea de que el pecado afecta primordialmente a Dios es un principio que, con las adaptaciones correspondientes, será incorporado al derecho. Asimismo, la exigencia del arrepentimiento dentro del judaísmo se reflejará en el tema que aquí se expone, particularmente en lo relativo a la delación.

En este contexto, la tradición judaica desarrollará diversas formas de expiación de las faltas cometidas ante Dios, adoptando dos enfoques principales. Primero, el ofrecimiento de sacrificios como medio de reparación. Los historiadores coinciden en señalar que, tras la segunda destrucción del Templo en el año 70 d.C.¹²⁷⁶, los sacrificios

¹²⁷⁵ "For when thoughts correspond to words and actions correspond to intentions, life is praiseworthy and perfect, but when they are at strife with each other, it is imperfect and a matter for reproach". PHILO. *On Virtues*, cit., p. 277.

¹²⁷⁶ "The destruction of the second temple in 70 CE was a major turning point in the history of Judaism, ending the institution of animal sacrifice and the primary cultic service to God that had provided the focal point of Isrealite religion por the previous Thousand Years". Y explica Segal, después de una anécdota sobre cómo se encara la destrucción del segundo templo, en que Rabban Joahnan ben Zakkai dice a Rabbi Joshua, frente a las ruinas del templo "Do not grieve. We have another means of atonement as effective as this. And what is it? It is actions of lovingkindness, as it is said: 'I desire mercy and not sacrifice' (Avot de Rabbi Natan, 6)". SESSKIN, K. *The Cambridge Guide to Jewish History, Religion and Culture*. New York: Cambridge University Press, 1994, p. 56. Sobre perdón, véanse p. 392-394.

de animales fueron eliminados y sustituidos por el ayuno y la oración. No obstante, para la tradición judaica sigue siendo esencial "recibir el perdón tanto de la persona agraviada como de Dios", lo que implica una serie de rituales destinados a obtenerlo, como la práctica de solicitar disculpas hasta tres veces a la persona ofendida en la víspera del Día del Perdón.

De hecho, esta participación activa del ofendido en el proceso del perdón dentro del judaísmo guarda una estrecha relación con lo que en la actualidad se entiende como la reparación del daño a las víctimas, la cual resulta más exigente que los parámetros establecidos en el cristianismo. Sobre este aspecto profundizaremos en los siguientes apartados.

6.4 Concepción cristiana del perdón

Como se ha señalado, la noción del perdón está vinculada a la misericordia surgida en el ámbito religioso. En la actualidad, se recurre ampliamente a la tradición cristiana de la misericordia para fundamentar la necesidad de resolver conflictos de naturaleza penal, razón por la cual resulta pertinente examinar este concepto dentro de su marco religioso-cultural.

En contraste con el perdón en la tradición judaica, el cristianismo introduce una doble ampliación del deber de perdonar. En primer lugar, se expande el número de veces en que se debe conceder el perdón. En segundo lugar, la diferencia esencial del cristianismo radica en el mandato de amar a los enemigos, lo que implica que ese perdón, ya ilimitado en su profundidad, se extienda también de manera horizontal. Este fenómeno puede describirse como una doble expansión del perdón en comparación con la ley judaica: una extensión en lo vertical y otra en lo horizontal.

6.4.1 La dimensión vertical

El pasaje probablemente más emblemático del Evangelio en relación con el perdón se encuentra en la escena en la que Pedro interroga a su Maestro sobre cuántas

veces debe perdonar a alguien por sus pecados. Pedro, superando ya, como se analizará más adelante, la normativa de la ley judaica, formula la pregunta: “¿siete veces?”, a lo que Jesús le responde: “setenta veces siete” (Mateo 18, 21-35). Existen amplios consensos entre los intérpretes —incluso resulta evidente— en que la respuesta de Jesús no debe entenderse como una cantidad literal, sino que, por su magnitud, equivale a afirmar que el perdón debe ser ilimitado.

Lo que tal vez haya pasado desapercibido para muchos es el motivo por el cual Jesús elige precisamente la expresión "setenta veces siete"¹²⁷⁷. Esta proviene del Antiguo Testamento y aparece en un fragmento que describe a un Dios que no se presenta como misericordioso. Se encuentra en el Génesis, en el episodio en que Yahvé, dirigiéndose a Caín, le asegura que quien se atreva a matarlo será castigado siete veces¹²⁷⁸. Como señal de ello, marca a Caín para que nadie atente contra su vida (Génesis 4, 15)¹²⁷⁹. Entre los descendientes del protegido Caín se encuentra Lamec, quien, en un presagio dirigido a sus esposas, declara: "Si Caín será vengado siete veces, Lamec lo será setenta veces siete" (Génesis 4, 24).

Es interesante notar, por tanto, que las palabras de Jesús no constituyen únicamente una referencia a un fragmento del texto sagrado judaico, sino que implican una transformación radical: lo que en boca de Lamec era la promesa de una venganza ilimitada, amplificada a partir de la misma garantía dada por Dios a su ancestro, en la enseñanza de Jesús se convierte en una superación absoluta de las faltas, en una auténtica inversión de sentido¹²⁸⁰.

¹²⁷⁷ Clásico artículo para el análisis filosófico del perdón a Pedro está en WEATHERSPOON, J. B. The Spirit of Forgiveness. *Review & Expositor*, v. 41, n. 4, 1944, p. 361-371. Cels reúne 25 sermones en latín moderno para comparar los límites que se imponen al “70x7” de ese fragmento de las escrituras: CELS, M. B. Forgiveness in Late Medieval Sermons: On the Unforgiving Servant. *Medieval Sermon Studies*, v. 62, n. 1, p. 42–60, 2018.

¹²⁷⁸ Desde luego se conoce que Caín es un gran pecador, por haber matado a su hermano. Así que se plantea la pregunta de cómo Jehová autoriza la venganza de Caín. La respuesta a nosotros mucho interesa. Parte del judaísmo interpreta que Jehová practica un acto de perdón cuándo acepta el destierro y la pena de Caín. Así, Newman: "Said Cain to God, 'You carry the whole earth - can you not then bear my *avon*? My punishment is too great to be borne.' God replied, 'Since you make 'teshuvah' you may leave this place', and immediately it is written, 'Cain went from the presence of God and dwelt in the land of Nod'. In the deep implications of the Cain story, the understanding of sin, guilt, repentance can be found, but most striking is the ambiguity of Cain's 'teshuvah' - he despairingly implores the Master of the Universe to accept his burden and God does so. How great is grace!'" NEWMAN, J. Cain's repentance. *European Judaism: A Journal for the New Europe*, v. 13, n. 1, 1979, p. 15.

¹²⁷⁹ "Le respondió Jehová: Ciertamente cualquiera que matare a Caín, siete veces será castigado. Entonces Jehová puso señal en Caín, para que no lo matase cualquiera que le hallara". (Gn, 4,4).

¹²⁸⁰ Claro que la clave está en que Jesús no ha venido exactamente a plantear una *nueva ley*, una ley jurídica. Así, Küng: "La exigencia de perdón predicada por Jesús no debe ser interpretada en clave jurídica. No se

6.4.2 La dimensión horizontal

Contrario a lo que sostienen algunos cristianos, la obligación de extender el amor a toda la humanidad no es una exclusividad del cristianismo. Como demuestra Küng, la primera gran alianza es un pacto que abarca a todos los hijos de Dios: la ley noálica. En la tradición judía, el perdón ya se extiende más allá de los descendientes de Abraham, aunque el Evangelio amplía este deber al introducir una característica adicional en quienes deben ser perdonados: incluso los enemigos son merecedores de misericordia (Mateo 5, 43-47; Lucas 6, 27-28).

Los escritos de los primeros cristianos siguen esta misma línea. Así, Pablo de Tarso, en la Primera Epístola a los Corintios, proclama: “Si nos insultan, bendecimos; si nos persiguen, lo soportamos todo” (4,12), y expone una idea similar en la Carta a los Romanos: “Benedicid a quien os persigue” (12,14). Asimismo, las bienaventuranzas del célebre Sermón de la Montaña constituyen una promesa de que tanto el perdón como el amor incondicional recibirán su justa recompensa en el futuro.

En síntesis, el cristianismo refuerza la cultura de la obligatoriedad del perdón a través de un doble camino, pero esto no implica ausencia de límites.

6.4.3 Los límites temporales y la posible equivalencia del perdón

Para los aspectos que aquí se analizarán, es fundamental destacar dos límites dentro de la concepción cristiana del perdón, los cuales introducen condiciones a una idea extrema de misericordia divina. Estos límites, en la posición aquí tomada, generan implicaciones cuando la obligación de perdonar se traslada al ámbito estatal.

proclama con ella una 'nueva ley' basada en el principio de que hay de perdonar 77 veces, pero no 78. De la exigencia formulada por Jesús no se puede hacer una ley estatal. Por consiguiente, no se deslegitiman los tribunales de los hombres. Pero la exigencia de Jesús es una llamada moral a la magnanimidad y la generosidad del hombre, del individuo – en ciertas circunstancias, también a los representantes de los Estados – para que deje a un lado la ley en una situación concreta: para que se perdone una y mil veces. KÜNG, H. *El judaísmo: Pasado, presente, futuro (Das Judentum)*. Madrid: Trotta, 2013, p. 374.

El primero de ellos es que los Evangelios establecen un condicionamiento basado en la proporcionalidad con respecto al perdón de los pecados. Es decir, los pecados de una persona son perdonados en la medida en que esta misma persona perdona a sus ofensores. Un ejemplo ilustrativo es la parábola del deudor que ruega al rey que le condone una deuda colosal de diez mil talentos. Sin embargo, tras recibir el perdón, este mismo deudor se niega a no hacer caso a un insignificante préstamo de cien denarios que otro tenía con él¹²⁸¹. Al venir a saber el rey de esa su ausencia de misericordia, revoca su indulgencia y lo envía a prisión. La enseñanza de la parábola queda así expresada: “Así hará también con vosotros mi Padre celestial, si no perdonáis de corazón cada uno a su hermano”. De manera similar, en la oración que el Maestro recomienda a sus discípulos, se encuentra una petición de perdón que no es absoluta, sino condicionada: se solicita el perdón de los pecados en la medida en que cada individuo perdona a sus próximos¹²⁸². Cabe resaltar que la proporción no se establece con la falta cometida, sino con la acción de conceder el perdón. Esto implica que, si el perdón depende de la actitud del perdonado, entonces no se trata de un acto incondicional, sino de una relación de reciprocidad.

De esta observación se desprende una consecuencia relevante para los objetivos de este capítulo: la moral cristiana no solo proclama la existencia de un Dios misericordioso, que se sacrificó para ofrecer a los individuos la posibilidad del perdón universal —como una continuidad de la tradición judaica—, sino que también impone al creyente la obligación de perdonar, ya que su propio perdón será concedido en la misma medida en que él lo otorga¹²⁸³.

Otro aspecto derivado del magisterio de la Iglesia es la existencia de un *límite temporal* para el perdón. Este planteamiento surge de una cuestión previa: si el cristianismo afirma que Dios es un padre de infinita misericordia, ¿podría Él perdonar a los demonios? Es decir, si un ángel caído, arrepentido de su rebeldía, solicitara el perdón

¹²⁸¹ Mt, 18, 26-35.

¹²⁸² La traducción al castellano del Padrenuestro, a la diferencia, por ejemplo, de la portuguesa, pierde mucho en esa idea de proporcionalidad. El original latino pone más de manifiesto la idea de que hay establecido un coeficiente: levanta nuestras faltas *según* perdonemos las ajenas. ("et dimitte nobis debita nostra, sicut et nos dimittimus debitoribus nostris").

¹²⁸³ Santo Tomás discute si Jesús ha perdonado todos los pecados directamente con su muerte en cruz, y luego se le contesta: "3. Cristo, con su pasión, nos libró causalmente de los pecados, es decir, instituyendo una causa de nuestra liberación, en virtud de la cual pudiera ser perdonada cualquier clase de pecados en cualquier tiempo, tanto pasados como presentes o futuros; como si un médico prepara una medicina con la que pueda curarse cualquier clase de enfermedad, incluso en el futuro". DE AQUINO, T. *Suma de Teología, III*, Qu.48 a.4. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, p. 422.

divino, ¿sería este concedido¹²⁸⁴? Según la doctrina católica, la respuesta es tajantemente negativa. La razón de ello, según la interpretación del magisterio, radica en que los ángeles, a diferencia de los humanos, poseen una inteligencia superior, lo que implica que su tiempo de decisión es más breve. En el caso de los hombres, esta rigidez se atenúa, aunque sigue presente: Tomás de Aquino, retomando a Damasceno¹²⁸⁵, sostiene que el equivalente humano de este límite temporal es el intervalo que llega hasta la muerte. De hecho, la muerte como frontera definitiva del perdón parece ser también una conclusión sostenida por literatura judaica más contemporánea¹²⁸⁶.

Si bien existe discrepancia sobre la justificación exacta de esta limitación —es decir, si responde a un plazo concreto dentro de la misericordia divina o si está vinculada a la imposibilidad de ejercer el libre albedrío tras la muerte—, lo cierto es que, incluso si el perdón de Dios es ilimitado, nunca es incondicional¹²⁸⁷. Esto explica por qué, dentro del derecho penal vigente, se establecen plazos específicos¹²⁸⁸ para la extinción de la punibilidad de ciertos delitos¹²⁸⁹.

¹²⁸⁴ En el judaísmo, Satanás no es una entidad maligna independiente opuesta a Dios, como se presenta en algunas otras religiones. En lugar de eso, el término "Satanás" (del hebreo שָׂטָן, "adversario" o "acusador") aparece en varios textos religiosos judíos, pero su rol es más bien el de un agente de Dios que prueba o desafía a las personas. Libro de Job: En este texto, Satanás aparece como un agente de Dios que pone a prueba la fe de Job, pero actúa bajo la autorización divina. No es un ser rebelde que actúa por su cuenta, sino parte de la corte celestial, cumpliendo un rol en los planes de Dios (Job 1:6-12); Zacarías 3:1-2: Aquí Satanás aparece como un adversario, pero también bajo el control de Dios, y no como un ente maligno que actúa independientemente; Talmud (Baba Bathra 16a): El Talmud menciona que Satanás, el "mal instinto" (Yetzer HaRa), y el ángel de la muerte son en realidad la misma entidad, cumpliendo distintos roles dentro del plan divino.

¹²⁸⁵ Es interesante que el catecismo de la Iglesia intenta matizar esa cuestión, agregando algo que no está en el escrito original de Tomás de Aquino. El catecismo vigente opta por el camino de interpretar la negativa de perdón no por una cuestión temporal, sino por la *imposibilidad de arrepentimiento*. Es decir que no Dios no perdona, sino que Dios perdona a los arrepentidos, y a los ángeles rebeldes y a los humanos muertos esa posibilidad de arrepentimiento ya se ha desvanecido. Es el carácter *irrevocable* de su elección, y no un defecto de la infinita misericordia divina lo que hace que el pecado de los ángeles no pueda ser perdonado. "No hay arrepentimiento para ellos después de la caída, como no hay arrepentimiento para los hombres después de la muerte" (San Juan Damasceno, *De fide orthodoxa*, 2,4: PG 94, 877C).

¹²⁸⁶ "The Talmudists admit the possibility of deathbed repentances, and there are some good stories and striking adages on the subject. Thus, when R. Meir urges his teacher Elisha b. Abuja to repent of his apostasy, the sinner replies, "Up till when will they receive me?" and the answer is, "till the very hour of death" MONTEFIORE, C. G. Rabbinic concept of repentance. *The Jewish Quarterly Review*, v. 16, n. 2, p. 209-257, 1904, p. 225.

¹²⁸⁷ Véase, por ejemplo, art. 426 del Código Penal español.

¹²⁸⁸ Pozuelo les designa "requisito cronológico", y, para la atenuante de confesión del CP español, encuentra como una de sus razones la de "agilizar la puesta en marcha y funcionamiento de los mecanismos de persecución penal, o, cuando menos, en el de reducir su intensidad o duración". POZUELO PÉREZ, L. La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [Madrid], n. 22, 2020, p. 22. Sobre los requisitos de la punibilidad como condición de procedibilidad, véanse, atrás,, 4.4 y 4.9.

¹²⁸⁹ El elemento del tiempo percibido aquí se hace relevante, incluso para expectativa de sanciones. El tema será más detallado en 8.5 y 8.6.

En definitiva, dentro del cristianismo, la misericordia divina, contrariamente a la percepción común, también presenta restricciones. Esto permite que sirva como base cultural para las concepciones más recientes sobre el perdón en el derecho penal: el perdón del arrepentido puede estar sujeto a condiciones y limitaciones que, de manera natural, se reflejan en la cultura jurídica. Además, quien se adhiere a la fe cristiana está obligado a perdonar de manera constante, ya que, de lo contrario, parece que su propio perdón no se materializa. Este es un punto clave para comprender el contexto cultural general en el que se sustenta el ordenamiento jurídico.

6.5 Cristianismo y Estado

Si la tradición judaica se fundamenta en el perdón y el cristianismo amplía esta obligación hasta el punto de exigir a sus fieles “amar a vuestros enemigos” y “perdonar setenta veces siete”, surge la cuestión de cuánto de esta exigencia se traslada al juez penal al momento de imponer una sanción. En caso de que el Estado se rigiera por una moral cristiana, ¿estaría entonces obligado a perdonar todas las transgresiones del individuo?

El sentido común sugiere una respuesta negativa. La separación entre el Estado y la religión no es un principio exclusivo de la Ilustración, sino que ya se encuentra enunciado en el propio Evangelio. Cuando Jesús declara: “Dad al César lo que es del César” (Mt 22, 15-21), deja en claro que sus enseñanzas no constituyen mandatos para el Estado, sino preceptos de fe. Su propia sumisión a un juicio manipulado, que culmina en su condena a muerte, bajo la afirmación categórica: “Mi reino no es de este mundo” (Mt 27), podría interpretarse también como una prueba evidente de esta distinción.

Con todo, la respuesta no es tan simple. El desarrollo del proceso contra Jesús también evidencia una interferencia del concepto judío de perdón, particularmente en el episodio de la liberación de Barrabás. Aunque algunos autores cuestionen la veracidad histórica de este acontecimiento¹²⁹⁰, los textos cristianos registran la decisión de Pilatos

¹²⁹⁰ Jae Lee, en texto monográfico, sigue en búsqueda de los fundamentos históricos de esa liberación. Y anota que hay más autores que dudan de la autenticidad de ese pasaje. “John Nolland offers cautious support for a ‘Passover pardon’ that would fit Pilate’s attempt for release Jesus and request of some Judeans to release Barabbas instead. Nolland cites an article by Robert Merrit in support of his claim. But the cases that Merrit adduces reflect temporary social inversions associated with carnival, such as the Saturnalia. Moreover, Merrit uses the practices only to support a background form Mark’s creation of the release of

de absolver a Barrabás, lo que sugiere que la costumbre del perdón pascual se había trasladado a las prácticas de la justicia romana en territorio hebreo¹²⁹¹. De alguna manera, la noción de que existe una obligación de perdonar ya tenía un reflejo dentro del derecho penal en la tradición judaica.

En el cristianismo, diversos pensadores escolásticos han abordado la aparente contradicción entre el perdón irrestricto que predicaba su Maestro y la necesidad de sancionar a los infractores. No obstante, un análisis exhaustivo de todos ellos excedería el propósito de esta investigación. Baste con señalar que el libro XXI de *La Ciudad de Dios*, de Agustín de Hipona, se centra en encontrar el equilibrio entre el mandato cristiano del perdón absoluto y la exigencia de la justicia punitiva en la sociedad terrenal. El *Valle de Lágrimas*, que simboliza la existencia en el mundo material, requiere de una justicia humana en la que no siempre prevalecen las normas de la misericordia. De manera general, Agustín concibe la pena impuesta a los criminales como un medio de corrección, lo que hoy podría interpretarse como un castigo con finalidad resocializadora. Por otro lado, minimiza el peso de la sanción terrenal al considerar que esta debe entenderse como una gracia que tendrá efectos en el orden celestial, en ocasiones como una forma de expiación en vida.

6.6 El perdón en la doctrina anglicana

Como es bien sabido, el pensamiento judeocristiano ha experimentado diversas transformaciones a lo largo del tiempo, ramificándose en distintas corrientes religiosas. La Iglesia Católica, en particular, ha producido una abundante cantidad de documentos destinados tanto a la interpretación del Evangelio como a la formulación de su propia

Barabbas, not as a basis for historicity of the release of Barabbas. There is also some evidence against the practice of clemency in the response to the pleas of the people. Suetonius Tiberius 37:2, reports that Tiberius could not be moved to rescind punishment by requests of the people. Josephus *Ant. 20:2015* decries the action of Albinus to release prisoners who clearly deserved to be put to death and to execute those who were imprisoned for trifling in commonplace offences". LEE, J. W. Pilate and the Crucifixion of Jesus in Luke-Acts. In: RHODES, D.; et. al. *Luke Acts and Empire, Essays in Honour of Robert L Brawley*. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2011, p. 59.

¹²⁹¹ Los perdones de los viernes Santos fueron, durante mucho tiempo, una tradición en España, así como en Brasil los indultos navideños siguen hasta la fecha.

doctrina, la cual, dentro de su estructura interna, recibe el nombre de *magisterio*. Este se considera una inspiración divina y se ejerce "en nombre de Jesucristo"¹²⁹².

Otras confesiones cristianas no establecen una relación tan directa entre su magisterio y la inspiración divina, aunque pueden atribuir sus interpretaciones a otras formas de influencia sobrenatural. En el caso de la Iglesia Católica, sus documentos presentan mayor dificultad para resolver la paradoja entre la obligación de perdonar y el deber del Estado de imponer sanciones, especialmente en el ámbito penal. La solución que plantea se basa principalmente en la separación entre Iglesia y Estado, como ya se ha visto en el episodio de la moneda del César.

Explorar todas las corrientes religiosas en este sentido sería una tarea interminable, por lo que aquí nos centraremos en los documentos de la Iglesia Anglicana, que representan un caso particularmente interesante en el intento de conciliar el mandato bíblico del perdón con la necesidad de sancionar las transgresiones. A diferencia de otras denominaciones, la Iglesia Anglicana aborda periódicamente cuestiones políticas desde sus postulados religiosos, lo que no resulta sorprendente si se considera su origen: como es sabido, fue instituida por el Estado a través del *Act of Supremacy*, en el cual Enrique VIII se autoproclamó “Supreme Head of the Church of England”¹²⁹³.

Este enfoque en la Iglesia Anglicana responde, además, a razones adicionales que la vinculan con el contexto cultural de la delación, a saber: (1) dentro del protestantismo, es una de las confesiones más tradicionales y, como se ha señalado, el pensamiento reformista ha influido en la cultura utilitarista, que constituye la base conceptual de la delación; (2) aunque hoy en día no tiene un predominio absoluto en los Estados Unidos, su influencia en la esfera intelectual y jurídica de dicho país sigue siendo relevante, lo

¹²⁹² Es así la Constitución Dogmática del Concilio Vaticano II (*Dei Verbum*). "El oficio de interpretar auténticamente la palabra de Dios escrita o transmitida ha sido encomendado únicamente al Magisterio vivo de la Iglesia, cuya autoridad se ejerce en nombre de Jesucristo." in https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651118_dei-verbum_sp.html. Los párrafos 85 y 86 del art. 2 en el actual catecismo de la Iglesia Católica dicen de modo análogo.

¹²⁹³ Aquí fragmento del capítulo de Beckingsale: “By the end of 1534 the recognition in law of the Church of England under a royal Supreme Head had been achieved by Cromwell's legislation. The conflict between the spirituality and the temporality had been resolved, at least in theory, and in practice the clergy were now treated as the subjects of the King. Under its Supreme Head the Church of England, it was officially held, had been restored to its historic independence of all foreign potentates” BECKINGSALE, B. W. *The Church of England*. In: Thomas Cromwell. London: Palgrave Macmillan, 1978, p. 67.

que resulta de interés para el presente estudio¹²⁹⁴; y (3) cuenta con documentos recientes y bien fundamentados sobre el perdón y la reconciliación, como se mostrará a continuación. Para desarrollar esta perspectiva, primero se presentará una visión general de las *Lambeth Conferences* y, posteriormente, un documento específico sobre el perdón en faltas graves.

Desde su inicio en 1867, las Lambeth Conferences han servido como un foro crucial para la Comunión Anglicana, proporcionando un espacio para la reflexión teológica sobre los cambios en cada generación. A lo largo de las décadas, perdón, reconciliación y arrepentimiento renacen en estos experimentos. Las conferencias de 1920, 1930, 1968, 1998 y 2008 presentan incisivas referencias a nuestro tema.

La Lambeth Conference de 1920 tuvo lugar, como es evidente, en el período posterior a la Primera Guerra Mundial. Como consecuencia de las secuelas del conflicto, la Resolución 9 de esta conferencia abordó directamente la necesidad de reconciliación mundial a través del arrepentimiento (*repentance*). En este sentido, la conferencia exhortó a las naciones y a los individuos a reconocer sus pecados como un paso crucial hacia el perdón y la restauración de la paz. Así, exhorta: "*We call upon the peoples of the world to acknowledge their share in the guilt of the war, and by repentance and mutual forgiveness to seek the peace which is the fruit of justice and goodwill*"¹²⁹⁵. Aquí ya se empieza a notar la relación entre el contexto religioso y el perdón del Estado o, al menos, en escala social. Más o menos en el mismo sentido es que, en 1930, la crisis económica mundial y los disturbios sociales llevaron a la Iglesia Anglicana a reflexionar sobre el papel del perdón y el arrepentimiento en el contexto, ahora, de las injusticias sociales. La Resolución 26 de esa conferencia de 1930 realiza un llamamiento a las naciones a arrepentirse de la violencia y de los pecados que generan desigualdad y opresión. En las propias palabras de la resolución: "*True forgiveness can only follow sincere repentance and a determination to remove the causes of injustice*"¹²⁹⁶. En ese contexto ya está la

¹²⁹⁴ Evidentemente, la separación, desde sus inicios, entre Iglesia y Estado en EEUU no ha permitido influencia directa en el gobierno, al contrario de lo que pasó en Inglaterra, en que el Anglicanismo era religión oficial del Estado. Sin embargo, entre los llamados "Founding Fathers" de EEUU había muchos de formación Anglicana, aunque la hubiesen abandonado en momentos posteriores. **George Washington**, **Thomas Jefferson**, y **James Madison** fueron todos anglicanos en algún momento de sus vidas; **John Jay**, uno de los autores de *The Federalist Papers* y el primer presidente de la Corte Suprema, era un anglicano devoto. Véase DREISBACH, D. L. The Bible in the Political Rhetoric of the American Founding. *Politics and Religion*, v. 4, n. 3, p. 401-427, 2011.

¹²⁹⁵ Lambeth Conference 1920, Resolución 9.

¹²⁹⁶ Lambeth Conference 1930, Resolución 26.

prevención de que no haya otras guerras mundiales, pero aquí nos interesa lo que mejor está enunciado: el perdón tiene como condiciones el “sincere repentance”.

La conferencia de 1968, celebrada también en medio de los grandes cambios sociales de aquél año especialmente, fue testigo de un enfoque renovado en el arrepentimiento personal y comunitario como un medio para sanar las divisiones sociales. En este caso, la reconciliación fue vista no solo como un acto de restauración espiritual, sino como una herramienta para abordar las fracturas dentro de las comunidades, impulsadas por desigualdades económicas y raciales. La Resolución 43 pone énfasis en la necesidad de admitir los errores del pasado para avanzar hacia una verdadera reconciliación. En ella, ya se habla de arrepentimiento para “curar las heridas de las injusticias del pasado”¹²⁹⁷.

En la conferencia de 1998, la discusión sobre el perdón se centró en los conflictos internos dentro de la Comunión Anglicana, especialmente en lo que respecta a cuestiones de moralidad sexual. La Resolución I.10 hace un llamamiento al arrepentimiento en el contexto de las divisiones dentro de la Iglesia, reconociendo que solo mediante el perdón mutuo y el reconocimiento de los errores es posible restaurar la comunión entre las diferentes facciones¹²⁹⁸. Finalmente, la Lambeth Conference de 2008 reafirma el papel del perdón y el arrepentimiento en la construcción de la reconciliación, especialmente en un mundo dividido por el racismo, la pobreza y la guerra. La conferencia hace un llamamiento a la Iglesia a abordar las injusticias históricas, como el racismo, reconociendo que el perdón solo puede ser significativo cuando se acompaña de acciones concretas para corregir dichas injusticias. En su resolución sobre la reconciliación, la conferencia afirma: "True reconciliation can only be achieved through repentance and a commitment to correct the wrongs of the past."¹²⁹⁹. Aquí, se pone de manifiesto que el perdón debe ir de la mano de la justicia, lo cual implica no solo el arrepentimiento, sino también la reparación activa de las injusticias cometidas a lo largo de la historia.

¹²⁹⁷ "We call upon all Christians to acknowledge their part in the divisions of society, and in a spirit of repentance, seek to heal the wounds of past injustices." Lambeth Conference 1968, Resolución 43

¹²⁹⁸ We affirm that repentance and forgiveness are essential for the restoration of relationships within the Church." Lambeth Conference 1998, Resolución I.10.

¹²⁹⁹ Lambeth Conference 2008, Resolución sobre Reconciliación.

Y hay documentos aun más específicos. En el año 2017¹³⁰⁰, el consejo anglicano se enfrenta a problemas más delicados y se plantea la cuestión de cómo conciliar el perdón irrestricto con el dolor de aquellos que son víctimas de abusos sexuales, especialmente dentro de los muros de su propia iglesia. Sin renunciar a las responsabilidades, el documento reafirma que el arrepentimiento es contenido irrenunciable de la conquista del perdón divino, que la iglesia está obligada a conceder¹³⁰¹. Pero una parte sustancial de este arrepentimiento es que el individuo se someta a las leyes humanas que responden al delito¹³⁰², ya sea como consecuencia de la punición, o incluso como una forma de evitar que el individuo reciba la oportunidad de repetir la misma ofensa¹³⁰³ (lo que, en términos penales, significaría la inocuización¹³⁰⁴). La toma de posición de la carta anglicana es rotunda: que no se cree la oportunidad de que el perdón religioso sea utilizado como forma de bloqueo de la justicia humana¹³⁰⁵.

¹³⁰⁰ "The church can't stop talking about forgiveness, however. Forgiveness is at the heart of the good news of Jesus Christ. That doesn't mean that forgiveness needs to be the first thing that the church says in every situation. Moreover, it doesn't mean that forgiveness is an easy thing to talk about, that its meaning is obvious and doing it is straightforward. Forgiveness in Christian teaching is first and foremost God's gift, and the church has a corresponding responsibility to weigh its words carefully when it wants to speak about this gift and therefore about the one who gives it" VVAA. *Forgiveness and reconciliation in the aftermath of abuse*. Faith and Order Commission of the Church of England, Church House Publishing, London, 2017, p. 04

¹³⁰¹ La obligatoriedad del arrepentimiento para el perdón aparece tantas veces en los Evangelios, a ejemplo de Lucas 17:3 "¡Mirad por vosotros mismos! Si tu hermano peca contra ti, repréndelo; y si se arrepiente, perdónalo".

¹³⁰² "To forgive sin is not tantamount to saying that sin does not matter and its consequences can be waved aside. A faith that has at its centre a crucified Saviour should never dare to think that. The two sides of forgiveness – receiving it and giving it – both begin with recognizing that what has been done is sin, and that sin is a deeply serious thing, a deeply destructive thing, more serious and more destructive than we can ever fully comprehend...". VVAA. *Forgiveness and reconciliation...*, cit., p. 12

¹³⁰³ "In the case of those who have committed abuse, part of such repentance will be a willingness to face the consequences, including legal consequences, of acknowledging the sin that has been committed. This has implications for the ministry of absolution within the church. Moreover, the nature of abuse (and not least the way it may habituate the abuser to self-deceit) can make it difficult for repentance to take root. Evidence of repentance cannot mean that no constraints should be placed on a person's access to situations where re-offending would be possible...". VVAA. *Forgiveness and reconciliation...*, cit., p. 15.

¹³⁰⁴ Es interesante la forma en que el derecho anglosajón interpreta la prevención general de manera más utilitaria. El "deterrence" como desestímulo y la "incapacitation", que funcionaría como cualquier mecanismo para evitar la comisión de un nuevo delito, entre los cuales el encarcelamiento es una de las prácticas. Así, en un enfoque económico, Chalfin señala: "Generally speaking, there are two mechanisms through which criminal-justice policy reduces crime: deterrence and incapacitation. When by virtue of a policy change individuals elect not to engage in crime they otherwise would have in the absence of the change, we speak of the policy deterring crime. On the other hand, a policy change may also take offenders out of circulation as, for example, with pretrial detention or incarceration, preventing crime by incapacitating individuals. The incapacitation effect can be thought of as the mechanical response of crime to changes in criminal-justice inputs." CHALFIN, A. and MCCRARY, J. "Criminal Deterrence: A Review of the Literature." *Journal of Economic Literature* 55 (1): 5–48, 2017, p. 12

¹³⁰⁵ We have also been aware that the language of forgiveness can be used to block the way to justice. VVAA. *Forgiveness and reconciliation...*, cit., p. 18

El magisterio anglicano, siguiendo la tradición sajona que también se refleja en el derecho, es mucho más práctico que la tradición latina al concluir sobre la necesidad de aplicar el perdón y sus diferencias o aproximaciones con el perdón estatal. De esta reflexión se extraen al menos dos elementos más incisivos: la necesidad de arrepentimiento y el germen de las políticas para superar conflictos a nivel colectivo¹³⁰⁶. Ambos aspectos son indispensables para las futuras conclusiones de este trabajo.

6.7 Breves consideraciones sobre el perdón y la clemencia del monarca

La idea de que el perdón encuentra su origen en la tradición judeocristiana, fundamentada en un Dios que impone el deber de disculpar las faltas ajenas, no está exenta de cuestionamientos. A lo largo de la historia previa al judaísmo, no han faltado ejemplos de conmutación de penas a condenados de diversa índole como muestra de la clemencia de los gobernantes. Un referente clásico sobre el tema es el tratado *Sobre la clemencia*, en el que Séneca instruye a Nerón acerca de la importancia de no dejarse llevar por la ira y la conveniencia de la indulgencia. Sin embargo, el concepto que plantea el estoico dista de lo que hoy entendemos por perdón: no se trata de exonerar y comprender las faltas, sino más bien de administrar el conflicto de manera estratégica y reforzar la autoridad del monarca. Este, al conceder el indulto, no solo reafirma su posición superior, sino que además lo hace depender de su propia voluntad, consolidando así su imagen de soberano magnánimo.

Desde la perspectiva aquí adoptada, los postulados de Séneca se alinean más con la tradición política romana, que constituyó uno de los pilares distintivos de su Imperio: la integración de los vencidos como aliados en lugar de perpetuar enemistades. Esta estrategia no solo permitía expandir el dominio estatal, sino que también funcionaba como un mecanismo eficaz para aplacar rebeliones y asegurar la estabilidad. La política

¹³⁰⁶ Ello coincide con la visión judaica contemporánea que Schimmell aporta al instituto. El perdón sería la ausencia de venganza, es decir, que no sea la víctima quien traiga la justicia. Así, si ocurre el perdón, la justicia sale de las manos del victimado y alcanza un carácter objetivo. “A thief, or even a murderer, may also be a loving father. This does not exonerate the thief or murderer from their sin against me. But it does broaden the perspective that should be taken into consideration in punishing the sinner. Victims, impelled by a desire for revenge, find it very difficult to see any aspect of their enemy in a positive light. Judges and juries or, in the interpersonal sphere, compassionate adjudicators of disputes, are more capable of seeing the whole picture when they determine the degree to which an offender should be punished for what he has done” SCHIMMEL, S. *Wounds not healed by time: the power of repentance and forgiveness*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 19.

de asimilación de los pueblos sometidos —representada en la figura de los *socii* o reinos clientes¹³⁰⁷— requería una administración pragmática de la paz tras el conflicto bélico, con el objetivo de garantizar la autoridad imperial sin recurrir constantemente a la represión. En este contexto debe interpretarse el pensamiento de Séneca¹³⁰⁸: su interés principal no radica en la justicia ni en el reconocimiento del merecimiento, sino en la legitimación del monarca a través de su facultad de conceder clemencia¹³⁰⁹, con lo que refuerza su poder y su posición como garante del orden¹³¹⁰.

El perdón ejercido desde el poder, cuando el soberano se coloca por encima de la ley y reivindica una visión más amplia de la justicia, ha sido ampliamente abordado tanto en la literatura como en la historia¹³¹¹. Quevedo, en sus escritos políticos, aboga por la necesidad de imponer sanciones en aras de la justicia, pero al mismo tiempo, apoyándose en los Evangelios y en las epístolas de Pablo de Tarso, resalta el deber del rey de dispensar perdón, siguiendo el ejemplo de Jesucristo¹³¹². En una línea similar, Cervantes, en su obra máxima, presenta una reflexión sobre las cinco justificaciones de la guerra, subrayando que el perdón cristiano debe ser siempre la primera opción, aunque reconoce la dificultad de su aplicación, especialmente para aquellos "que tienen menos de Dios que

¹³⁰⁷ La locución de los "reinos clientes" la retiramos de Sáez "De esta forma, el control que ejerció Roma de estos clientes es netamente hegemónico, ya que seguían disponiendo – teóricamente- de la libertad para ordenar sus asuntos internos". SÁEZ GEOFFROY, A. *Política, estrategia y pensamiento militar bajo los Antoninos*. 2007. Tesis (Doctoral) - Universitat de Barcelona, [Barcelona], 2007, p. 120. Véase también SAND, P. *The client princes of the roman empire under de republic*. New York: Arno Press, 1975, p. 186.

¹³⁰⁸ "Cosa de mujeres enloquecer con la cólera, y de fieras – ni siquiera nobles – morder y acosar a los caídos. Los elefantes y leones no se detienen ante los que derriban; el enconamiento es cosa propia de las bestias innobles" SÉNECA. *Sobre la Clemencia*, cit., p. 75.

¹³⁰⁹ "Por tanto, como te decía, la clemencia conviene por naturaleza a todos los hombres, pero especialmente se adecua a los emperadores, en la medida en que en ellos tiene más que conservar y se manifiesta en cuestiones de mayor alcance. ¡En efecto, cuán poco daña la crueldad de un hombre privado! La saña de los príncipes equivale a la guerra. Y, aunque exista concordia entre las virtudes y no haya una mejor ni más honrosa que otra, cada una se adapta mejor a un tipo de personaje" SÉNECA. *Sobre la Clemencia*. Traducción: Carmen Codoñer. Madrid: Alianza, 2018, p. 74.

¹³¹⁰ "Y sé que hay gente que piensa que son los peores los que reciben el apoyo de la clemencia, ya que es superflua si antes no existe el delito, y que esta cualidad únicamente deja de tener sentido entre los inocentes. Pero, en primer lugar, tal como la medicina se ocupa de los enfermos, y también los sanos la respetan, as, aunque recurran a la clemencia los que merecen castigo, también los inocentes la veneran" SÉNECA. *Sobre la Clemencia*, cit., p. 68. En la misma página (1) "pues es cierto que en determinadas circunstancias suceden ciertas cosas que, aunque objeto de elogios, pueden recibí castigo". (2) "Añade que existe una gran parte de los seres humanos que podría recuperar la inocencia, si se le perdonase"

¹³¹¹ En ese sentido, Molina Fernández, criticando el indulto como "institución opaca" en la realidad española, "ajena al extraordinario desarrollo de las garantías jurídicas en el último siglo", afirma que "El imperio de la ley y de los tribunales en sus respectivas competencias hoy no necesita argumentación; las excepciones a ese imperio, sí". MOLINA FERNANDEZ, F. *El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela*, en *El indulto*: pasado, presente y futuro. Madrid: IBdeF, 2019, p. 257.

¹³¹² "Muchos son buenos, si se da crédito a sus testigos. Pocos, si se toma declaración a sus conciencias. En los malos, en los impíos, se les ha de demostrar misericordia. Por los delincuentes, se han de hacer finezas. ¿Quién padeció por el bueno? Con estas palabras habló elegante la caridad de San Pablo (ad Rom, 5)" QUEVEDO, F. de. *Política de Dios, gobierno de Cristo*. Madrid: Imprenta La Rafa, 1930, p. 34.

del mundo y más de carne que de espíritu"¹³¹³. Hay que notarse, sin embargo, que esa concepción de la literatura discrepa parcialmente de la proposición inicial de Séneca, en la cual el perdón tiene como fuerza primordial la reafirmación del Estado por sí mismo, sin una ganancia moral. Aunque haya experimentado transformaciones, la relación entre el perdón y su utilidad política sigue vigente en los procesos de amnistía y clemencia. Siempre se planteará la cuestión de que el poder de clemencia, aunque dependa exclusivamente de la voluntad del soberano, debe legitimarse por razones que estén en armonía con los principios generales que emanan de la Constitución y del Estado democrático¹³¹⁴. Kant, desde su posición enmarcada por el imperativo categórico, pondrá de manifiesto que el perdón del monarca debe existir a partir de los delitos que atañen a él, así que no debe de perdonar a costa de la disminución de la justicia hecha a otras víctimas. Esa es una afirmación que, para la justicia restaurativa de hoy, tendría que ser objeto de mayor atención¹³¹⁵.

En síntesis, la relación entre el perdón y su utilidad política es un rasgo que se ha mantenido a lo largo del tiempo, si bien ha experimentado transformaciones. Aun así, sostenemos que el perdón conserva su doble dimensión: por un lado, requiere arrepentimiento; por otro, idealmente se manifiesta a través del indulto estatal. Si bien las clemencias concedidas a lo largo de la historia después del advenimiento del cristianismo han tenido un trasfondo político, su justificación última ha estado vinculada a la convicción religiosa de que la conmutación de penas es un deber moral. En la medida de lo posible, todo gobierno procurará encontrar fundamentos éticos para legitimar el perdón

¹³¹³ Parte II, cap. XXVII.

¹³¹⁴ Así es que Iglesias Río, en amplio estudio sobre la potestad de la gracia, propone formas de evitar la arbitrariedad del perdón del Estado, manteniendo su racionalidad: "A mi modo de ver, la repercusión de la concesión de la gracia, en cualquiera de sus modalidades, no afecta de forma exclusiva a los beneficios individuales del delincuente; no solo ha de tener en cuenta si concurren especiales circunstancias que permitan estimar como digno de gracia a una persona o grupo de personas, sino que se han de ponderar también intereses generales, puesto que, en consonancia con la naturaleza del *ius cogens* del Derecho penal, está presente un interés social y un interés de legalidad respecto del destino efectivo que reciben las penas y los delitos cometidos por los implicados en la concreta decisión de indulto o amnistía". IGLESIAS RÍO, M. A., Ejercicio de la potestad de la gracia y postulados del Estado de Derecho, In: : GÓMEZ TOMILLO, M.; et al. (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025, p. 269.

¹³¹⁵ "Of all the rights of a sovereign, the right to grant clemency to a criminal (*ius aggratiandi*), either by lessening or entirely remitting punishment, is the slipperiest one for him to exercise; for it must be exercised in such a way as to show the splendor of his majesty although he is thereby doing injustice in the highest degree. With regard to crimes of subjects against one another it is absolutely not for him to exercise it; for here failure to punish (*impunitas criminis*) is the greatest wrong against his subjects. **He can make use of it, therefore, only in case of a wrong done to himself** (*crimen laesae maiestatis*). But he cannot make use of it even then if his failure to punish could endanger the people's security. Th s right is the only one that deserves to be called the right of majesty" KANT, I., *Metaphysics of Moral*, (§337), Trad. Mary Gregor, San Diego State University, 1991, p. 145

de ciertos delitos, y una sociedad capaz de romper el ciclo de la venganza¹³¹⁶, aunque asuma ciertos riesgos de impunidad, podrá alcanzar una paz con fundamento en términos jurídicos¹³¹⁷.

No obstante, para que el perdón exista genuinamente, debe producirse un desajuste en la aplicación de la pena, generando inevitablemente la percepción de impunidad o la sensación de ausencia de castigo¹³¹⁸. De lo contrario, no se está tratando de perdón, sino de *bargain*, como se abordará más adelante.

6.8 Perdón y dolor en Derecho penal

Como es sabido, desde la racionalidad y la Ilustración con Beccaria, se sigue una tendencia de disminución de la crueldad de la pena, en una larga evolución hasta los días

¹³¹⁶ En España, los episodios de perdón en casos de revueltas han sido variopintos. El perdón de todos los Santos, que pone fin al levante de los Comuneros es uno de los ejemplos, narrado por Ricardo Mata: " En la práctica todas las ejecuciones de pena capital serían anteriores a la concesión del perdón real de todos los Santos, a excepción del muy singular caso del obispo Acuña. Se dio paso posteriormente a la preparación de una amnistía general para los sucesos comuneros. Se trataba de un perdón general o amnistía, de la que sin embargo se excluía a algunos de los comuneros considerados más significativos y que eran mencionado expresamente (los exceptuados), en una relación de 293 nombres, entre los que, eso sí, se incluían algunos ya juzgados y condenados." MATA Y MARTÍN, R. La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villajar y otros episodios. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, v. LXXIII, 2020, p. 134. Pero también hay otros ejemplos, muy bien documentados, en Rodríguez Flores. Allí, la autora demuestra como las reglas de los indultos estaban muy involucrados a la religión. En sus palabras: "Las partidas consideraban motivo de concesión de un perdón general el amor de Nuestro Señor Jesucristo, y lógicamente ese amor se mostraba en la concesión del perdón que se otorgaba en dicho día, y podía afectar y de hecho afectaba a varios reos. Juan II, en las Cortes de Valladolid de 1447 establecerá unas normas fundamentales para estas materias de perdones, regulando la concesión de estas gracias con ocasión del Viernes Santo, o día de Indulgencias" RODRÍGUEZ FLORES, M. I. *El perdón en Castilla*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 47.

¹³¹⁷ En resumen, la justa causa "se cumplirá si en la guerra no se busca otra cosa que la paz, la mayor conservadora de las ciudades y de la sociedad humana, y a cuyo mantenimiento atiende principalmente la vida social en su conjunto, especialmente en una sociedad establecida con rectitud y sabiduría", GINÉS DE SEPÚLVEDA, J. *Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas. Obras completas*, t XV, Pozoblanco: Ediciones del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 101.

¹³¹⁸ Dos líderes religiosos, a su tiempo, coinciden con que el perdón puede costar injusticia o, al menos, esfuerzo de superación a una de las partes. "En la vida, no todo se resuelve con la justicia. No. Especialmente donde debemos poner una barrera al mal, alguien debe amar más de lo necesario, para comenzar una historia de gracia nuevamente. El mal conoce sus venganzas, y si no se interrumpe, corre el riesgo de propagarse y sofocar al mundo entero" BERGOGLIO, J. *El padrenuestro*. Barcelona: Centre de Pastoral Litúrgica, 2019, p. 64. Asimismo, Ratzinger: "La ofensa –dice– es una realidad, una fuerza objetiva que ha causado una destrucción que se ha de remediar. Por eso el perdón debe ser algo más que ignorar, que tratar de olvidar. La ofensa tiene que ser subsanada, reparada y, así, superada. El perdón cuesta algo, ante todo al que perdona: tiene que superar en su interior el daño recibido, debe como cauterizarlo dentro de sí, y con ello renovarse a sí mismo, de modo que luego este proceso de transformación, de purificación interior, alcance también al otro, al culpable, y así ambos, sufriendo hasta el fondo el mal y superándolo, salgan renovados. En este punto nos encontramos con el misterio de la cruz de Cristo" RATZINGER, J. *Jesús de Nazaret*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2007, p. 195.

actuales¹³¹⁹. La contemporaneidad de la doctrina latino-germánica, ahora superando parcialmente la noción de Estado y enemigo, se abre a conceptos más amplios – y no por ello menos relevantes – como la maldad y el dolor. La constatación del riesgo de que la pena, no obstante toda la teoría que la justifica en términos distintos, sea pura venganza, una retribución del mal con otro mal, da un paso más: trabajos de gran valor académico defienden, atreviéndose a entrar en condiciones más metafísicas, que el castigo debe superar el ‘dolor’, o al menos mitigarlo.

De hecho, y dicho aquí de manera muy libre, la pena que alcanza el cuerpo físico del condenado tiene tintes medievales, pero el dolor no deja de ser un ingrediente de la pena. Aunque se lo pueda negar en la teoría, o incluso en algún mandato constitucional, las contemporáneas penas de restricción o privación de la libertad son efectivamente medios que podrían afectar la mente del individuo, pero obligadamente pasan por el cuerpo, y lo hacen en sentido negativo. Es con el sufrimiento corporal que se cumplen sus demás finalidades, porque todavía no se ha logrado la separación entre cuerpo y mente, como un día lo soñó Descartes. Como la tendencia es la disminución de penas que impliquen dolor, se buscan alternativas para ello, entre las cuales está la delación premiada¹³²⁰.

Hay que destacar que la búsqueda por el perdón reciente no es un monopolio del Derecho penal. La tendencia viene mucho más de los estudios sociológicos

El trabajo de referencia del Profesor Silva Sánchez, *Malum Passionis*: mitigar el dolor del derecho penal, abre la discusión en el mundo iberoamericano sobre el tema del dolor y lo vincula directamente al perdón, motivo por el cual debe ser aquí tomado especialmente en cuenta¹³²¹. La obra hace un recorrido sobre la función de la pena, actualizando el vasto pensamiento del autor en el tema, para poner de relieve el papel comunicativo de esta. Luego, considera circunstancias que afectan al injusto culpable, como las condiciones de pobreza, que pueden hacer caer la tipicidad o la culpabilidad,

¹³¹⁹ En palabras de Mercedes Alonso, “La Historia del Derecho Penal puede ser examinada como la historia de su gradual humanización”, ALONSO ÁLAMO, M. Delitos y penas crueles: lucha contra la crueldad y crueldad del Derecho penal. *Liber amicorum en homenaje a Julio Díaz-Maroto Villarejo* (UAM Ediciones), 2023, p. 11.

¹³²⁰ Otra forma de disminuir el dolor en derecho penal está, claro, en la corriente correccionalista. Sobre ello, en los días actuales, véase nuestro RODRÍGUEZ, V. G. Correccionalismo y no-repetición: el papel de las neurociencias en un derecho penal sin dolor. In: DEMETRIO CRESPO, E. (Org.). *Derecho Penal y Comportamiento Humano*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, v. 1, p. 199-220, 2022.

¹³²¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Malum Passionis: mitigar a Dor do Direito Penal*. Traducción: Regina Fortes. Belo Horizonte: D’Placido, 2023, p. 97 y ss.

hasta llegar, como centro de su temario, a lo que define como “equivalencia funcional de la pena”, es decir, instituciones que cumplen la misma función que la condena. Entre ellas, está el perdón, que el autor divide entre el perdón individual, que “é capaz de fechar a ferida moral na relação horizontal, mas não de neutralizar na dimensão sociopolítica – vertical – do fato”, y el perdón estatal, que “tiene la virtualidad de cerrar el ciclo del delito”¹³²².

Para Silva Sánchez, una de las especies de este perdón se encuentra en la “atenuante de delación”, que, en sus palabras, se ha extendido al Derecho Administrativo hasta constituir los *leniency programs*. Dogmáticamente, porque el injusto culpable del agente no se ve afectado por la pena¹³²³, el lugar sistemático de estas atenuantes debe estar en la punibilidad, como ya se ha considerado en otro momento. Asimismo, en la misma forma de 'perdón como concesión a otros intereses jurídicos o políticos', estarían las justicias de transición, que buscan alcanzar la paz. El resultado, según el profesor, es “um perdão por razões de utilidade pública”, aunque esté condicionado al cumplimiento de ciertas condiciones¹³²⁴.

El estudio del perdón es imprescindible, pero, acerca de esas más relevantes tendencias, tenemos dos observaciones que hacer. La primera, de carácter general sobre el perdón; la segunda, sobre la cabida de la delación premiada en este caso.

La relación de implicación entre el derecho penal y el perdón no es tan directa como pueda parecer. Si la esencia del dolor está en la forma de la pena, el mejor camino para disminuirlo sería un tratado sobre las formas alternativas a las penas que causan, aunque indirectamente, ese sufrimiento corporal, como es el caso de las penas privativas de libertad. Esto significa que, si la intención es de hecho la disminución del dolor, esta debe ser la regla, y no la excepción¹³²⁵. Como insistiremos en su momento, el perdón no constituye el medio habitual para la reducción del sufrimiento en el Derecho penal. En otras palabras, el perdón que no se presente como una nota de excepcionalidad difícilmente será reconocido como tal.

¹³²² “Igualmente, uma instituição social ou jurídica B é equivalente funcional de outra instituição social ou jurídica A quando ambas coincidem em cumprir uma determinada finalidade F”. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Malum Passionis...*, cit., p. 112.

¹³²³ Consideraciones sobre esa obra, en lo que toca a la punibilidad, se hicieron en el capítulo 4.4.

¹³²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Malum Passionis...*, cit., p. 185.

¹³²⁵ En ese sentido, véase: ALONSO ÁLAMO, M. *Delitos y penas crueles...*, cit.

Es así, por ejemplo, que Alonso Álamó examina todas las formas de disminución de pena, para luego presentar el perdón como una de ellas. Así, plantea el caso de que se pueda ofrecer "clemencia hacia quienes actúan en una situación extrema" y cuestiona si "la compasión puede tener cabida ante sujetos que son, a la vez, víctimas de una situación muy especial sin la cual nunca hubieran cometido el delito"¹³²⁶. Y alerta que perdonar no implica olvidar a las víctimas ni generar solidaridad con los criminales.

El segundo punto tiene que ver directamente con el caso de la delación premiada. Si bien es cierto que existe una redención, no se puede decir que, en una visión macro, se trate de una disminución del dolor. Al final, la utilidad primordial de la delación es punir a otros; en ese sentido, como aquí se ha insistido al tratar esta figura en su contexto general, interpretar la delación como una disminución del dolor es desconsiderar su principal efecto: conseguir aplicar el derecho penal a otros involucrados. Una vez más, se reitera que como antecedente obligado de la delación, ahora al igual que de los *leniency programs*, está la codelincuencia, un grupo mayor de individuos que ofrezca un riesgo relevante, en contra del cual la delación puede ser un instrumento útil. De lo contrario, se trataría simplemente de un allanamiento de cargos, de una autodelación, que responde a razones muy distintas de lo que aquí estudiamos.

No se desprecia en ningún momento el papel del perdón en el derecho penal, pero su relación directa con la disminución del dolor, en especial cuando se trata de delación, es limitada. Pese a todo, el planteamiento del perdón y la disminución del dolor nos permite introducir las interrogantes que deben ser respondidas en el próximo caso de perdón: los supuestos de justicia indígena.

6.9 La justicia indígena: ¿pena o expiación?

Es bien sabido que, en países latinoamericanos, existe un sistema especial de justicia aplicado internamente a los pueblos indígenas, con reconocimiento constitucional. Lo que ya está consagrado dentro de lo que se denomina la visión decolonial de Latinoamérica, desde una perspectiva externa plantea muchos

¹³²⁶ALONSO ÁLAMO, M. Manifestaciones del mal y el derecho penal: el mal de la pena y la maldad del autor. *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, BOE, [S/d], p. 55.

interrogantes, en especial acerca de su legitimidad y de los conflictos que pueden existir con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico ordinario del país¹³²⁷. Estas cuestiones de legitimidad no pueden ser objeto del presente estudio, porque el objetivo aquí es más concreto: definir si la aplicación de la justicia indígena es una forma de perdón. De ahí, se parte de la premisa de que la justicia indígena es existente y reconocida por algunos países de la región, con lo cual la exposición sobre sus principales características sigue este objetivo de desvelar su naturaleza jurídica.

Como mínimo, se identifican dos elementos principales: el reconocimiento de los pueblos indígenas, aunque de modo no expreso en todas las constituciones, como nación y, a partir de ello, los valores herméticos que les corresponden¹³²⁸. La relación de implicación entre el reconocimiento del pueblo indígena como nación y la legitimidad de su sistema de justicia parece evidente, por lo que se diserta brevemente sobre el segundo elemento, sus características¹³²⁹.

Una buena orientación sobre los principios rectores de la justicia indígena está en el concepto, a día de hoy bastante estudiado, de *sumak kawsay*. Él se traduce como *buen vivir*, pero desde luego la correspondencia entre el término originario y su traducción no es perfecta. Los pueblos originarios van a insistir que existirá en el Sumak Kawsay un vínculo espiritual que no se puede comprender si está ausente el contacto con elementos

¹³²⁷ El argumento principal que sostiene la legitimidad de la Justicia indígena está, en resumidas palabras, en afirmarse que la justicia única conduce a la imposición de una molidad única. Así, la justicia indígena exigiría “o respeito à integridade do outro, sua manifestação, seu modo de ser e agir, a sua expressão religiosa e a garantia de sua autonomia em face da cultura estatal dominante” CALIXTO, A. J.; CONCI, L. G. A. Pluralismo Jurídico e Justiça Indígena: Propostas para a nova Constituição Chilena. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 20, n. especial, p. 350-380, 2022.

¹³²⁸ Así Ferré Olivé, apoyándose en Binder, plantea la cuestión esencial para todos que encuentran desde fuera la noción de justicia: ¿Por qué se rechaza que una secta religiosa, un grupo neonazi, una organización sindical o un club de pensionistas cuenten con un sistema Penal consuetudinario que resuelva sus problemas cotidianos? En realidad, las comunidades indígenas no se parecen en lo más mínimo a todos los colectivos enunciados. No constituyen un grupo socialmente diferenciado sino auténticas naciones, que poseen raíces étnicas y culturales históricamente consolidadas”. FERRÉ OLIVÉ, J. C. Diversidad Cultural y Sistema Penal. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 13, jul./dez. 2009, p. 34.

¹³²⁹ “Por lo tanto, en la plurinacionalidad se evidencia el postulado clave para el reconocimiento y el ejercicio de la justicia indígena, entendida como un sistema legal legítimo que no está subordinado, es decir, que no es inferior a la ley estatal. La consagración de la plurinacionalidad, en opinión de los líderes indígenas, implicaba necesariamente el reconocimiento igualitario de la justicia indígena frente al derecho estatal”. LOPEZ HIDALGO, S.; TAPIA TAPIA, S. Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 52, ago. 2022, p. 314. Nótese que no ponerse a analizar el reconocimiento de la plurinacionalidad no significa que sea un proceso desimportante y lleno de antecedentes históricos y antropológicos. Sencillamente que, para el Derecho, la acreditación de una nación facilita que se le reconozca su sistema jurídico.

culturales locales. Por esa dificultad de traducción, natural del abismo que existe entre su origen y la cultura en que están ancladas las lenguas latinas, algunos autores van a identificar en el *sumak kawsay* un doble proceso de significación: primera, la interna al pueblo mismo, que se expresa en varias dimensiones, a partir del contacto del individuo con la *Pacha Mama*¹³³⁰, con la naturaleza, y, de ahí, su comunidad. De otra parte, ella se interpreta también desde un punto de vista externo, en que se encuentra en el *sumak kawsay* la perspectiva distintiva para un modo de vida alternativo al consumismo e hiperconectado del mundo actual.

El *buen vivir* ganó espacio más relevante en la Constitución de Ecuador, del 2008, y la de Bolivia¹³³¹, en 2009, en esta bajo la denominación de *Suma Qamaña*¹³³². Si se toma como primer ejemplo la Constitución de Ecuador, se nota que el legislador constituyente optó por enunciar los llamados “derechos del buen vivir”. Una lectura atenta del texto constitucional pone de relieve algunos rasgos que apuntan para una evolución de los derechos colectivos y afirmativos. Como ejemplo de esas evoluciones está el *derecho al agua*, como factor esencial de vida e incluso de religiosidad; el derecho de los padres en buscar, para los hijos, educación más adecuada a sus opciones culturales, o el derecho a la alimentación que, además del alimento en sí mismo, sea factor de protección al medioambiente y a las características culturales de cada pueblo¹³³³. Aquello que era aparentemente muy amplio, empieza a generar efectos transformadores para una visión más contemporánea, global, plural y ecológica de algunos derechos.

Aunque no se pueda resumir toda la cultura indígena, que es variada, en ese concepto, hay que interpretar que contiene el fundamento de su sistema de justicia es decir, remite a un conjunto valorativo que nace de los pueblos originarios. Aun en países

¹³³⁰ El pensador indígena Ailton Krenak se tiene destacado por hacer divulgación de cómo el pensamiento indígena observa el individuo y la naturaleza como conjunto, lo que conlleva una serie de implicaciones. En sus palabras: “*Tudo é natureza. O cosmos é natureza. Tudo em que eu consigo pensar é natureza*”. KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 10.

¹³³¹ Art. 8º I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

¹³³² MEDINA, J. *Suma Qamaña. Por una convivialidad postindustrial*. [La paz]: Garza Azul Editores, 2006.

¹³³³ Nótese que en países del Centro está muy desarrollado el sentido de *food safety*, de seguridad alimentaria, pero aún así no aparece en sus constituciones. La idea de que la comida sea un rasgo cultural es relevante, empero, una vez más, cabe preguntarse si hay que transformarse en derecho fundamental.

como Argentina y Colombia, que no constitucionalizaron el *sumak kawsay*, es cierto que él sirve como factor interpretativo para su jurisdicción. También la previsión constitucional de ella es dispensada en algún país, nominadamente Argentina. Allí, ese tipo de práctica tiene como marco jurídico el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo¹³³⁴, que establece la obligación de los Estados de respetar las costumbres y sistemas de los pueblos indígenas, y que, en 2007, fue reforzado por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. El artículo clave para la adopción de la justicia indígena es el 8º, de la mentada declaración 169/OIT, que dispone que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Ya Ecuador¹³³⁵, Colombia¹³³⁶ y Bolivia¹³³⁷, existe la previsión constitucional de ese tipo de justicia¹³³⁸. La constitucionalización no es un factor esencial de la aplicación de los principios del *sumak kawsay*, pero hay que reconocer una *peer pressure* en la región, al menos de momento, para que las reformas constitucionales lo admitan.

Grosso modo, esa práctica ocurre en territorios indígenas y, al menos como enunciado, no parece en conflicto con los derechos y libertades fundamentales del país. Aunque el tema no ha sido suficientemente estudiado, considerando su importancia, se sabe que las penas aplicadas, que varían entre los diferentes pueblos, incluyen castigos corporales, como el azotamiento con ortiga, latigazos, baños en agua fría o algunos trabajos forzados, en general de muy corta duración, si se compara con las penas de la justicia ordinaria¹³³⁹.

¹³³⁴ En Argentina, ratificado por la Ley 24.071. Para un histórico mucho más detallado sobre el reconocimiento de la justicia indígena en Argentina, véase: BAZAN, V. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, v. 36, n. 108, p. 759-838, 2003.

¹³³⁵ Art. 171, de la Constitución de 2008.

¹³³⁶ Art. 246 de la Constitución de 1991.

¹³³⁷ Arts. 190-192, de su Constitución de 2009.

¹³³⁸ Evidentemente, los conflictos entre los principios de la justicia estatal y la justicia indígena serán numerosos. Entre ellos, destaca la sentencia de la Sala de Casación de Colombia, en el fallo SP9243-2017, que aborda el conflicto entre la justicia estatal y la justicia indígena en el contexto del secuestro de un militar colombiano por parte de una comunidad indígena durante una Minga. La Corte Suprema concluye que no se configura el delito de secuestro simple, ya que la retención del militar fue un acto legítimo de jurisdicción indígena. La comunidad consideró que la conducta del militar, que ingresó sin autorización a su territorio portando elementos militares, atentaba contra su tranquilidad y territorio sagrado. La Corte resalta que las autoridades indígenas actuaron conforme a sus costumbres y procedimientos ancestrales, los cuales no buscan sancionar, sino armonizar y educar a quienes violan las normas comunitarias. El fallo está disponible en internet.

¹³³⁹ Descripción de las formas de pena de la justicia indígena se puede ver en detalles en: GARCÍA SERRANO, F. *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua*

Sobre este tema, Chacón Abarca, quien también remite la justicia indígena a la comprensión del *Sumak Kawsay*, recuerda que se deben respetar las tradiciones antes de calificar tales penas como inconstitucionales, simplemente porque impliquen un cariz corporal. Tomamos aquí prestados los argumentos de la autora, que son clave para la obligatoria toma de posición: las penas, (1) aunque corporales, son leves, y (2) culturalmente, tienen el carácter de (2.a) expiación y (2.b) recomposición de la comunidad¹³⁴⁰.

Cuando se conoce de cerca la aplicación de estas penas, aunque a primera vista pueda generar cierta repulsa debido a su carácter corporal, como los azotes, no se puede dejar de comprenderlo en su contexto. Las penas se operan dentro de un ritual, que incluye el reconocimiento de las faltas, el pedido de disculpas y la reconciliación¹³⁴¹. El dolor causado por la pena es casi simbólico, y en un ritual dirigido por un sacerdote o líder del pueblo con funciones casi-religiosas, se busca la reconciliación y la reintegración de aquel que fue apartado de la comunidad por el delito y ahora es readmitido mediante la pena. El castigo leve, como un baño en el lago frío, puede interpretarse como una señal de que el ‘condenado’ acepta el proceso de reconciliación.

Todo esto puede llevar a una confusión clasificatoria. El hecho de que exista reconciliación y expiación no implica directamente que se trate de un ritual de perdón. Esto es lo que se desarrollará en lo sucesivo.

ecuatoriana. Quito: FLACSO, Ecuador, 2002. “El azote, según el caso y la decisión de la asamblea, suele ir acompañado del baño en agua fría, este se hace entre las doce de la noche y una de la mañana cuando el frío es más fuerte, para esto usan una acequia de agua cercana a la casa comunal y la tarea se encarga a las mujeres de la comunidad, con el fin de que el agraviado no tenga posibilidad de represalias posteriores. En algunos casos, el castigo del fuste y baño suele ir acompañado de la ortigada, el procedimiento es similar y cumple la misma función sancionadora”. p. 38.

¹³⁴⁰ “Si bien a los ojos de la justicia penal alguna de estas sanciones no serían admitidas, como la de carácter corporal y la de expulsión de la comunidad, hay que tener en cuenta que se trata de tradiciones, que deben ser respetadas. Además, las penas están muy lejos de ser graves o crueles y, como explicado, tienen un carácter de expiación y recomposición de la comunidad, algo que el derecho penal ordinario sigue buscando. En ese sentido, sirve de norte para gran parte de la justicia occidental” CHACON ABARCA, C.; CALERO JARAMILLO, E. Estados Plurinacionales: El caso de la Justicia Indígena, in: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 173 yss.

¹³⁴¹ “La parte medular de las sanciones la constituye el compromiso moral de las partes para no volver a romper el orden social y cultural, sin embargo, por petición de cualquiera de ellas se acostumbra también a firmar un acta de conciliación, cuya finalidad principal es servir de antecedente, para castigar más severamente en el caso de reincidencia” GARCÍA SERRANO, F. *Formas indígenas de administrar ...*, cit., p. 34.

6.9.1 Toma de posición: doble perspectiva de la justicia indígena

La toma de posición sobre lo que constituye el ritual de la justicia indígena alcanza el núcleo problemático de la delación premiada, tal como aquí se plantea. Aquí se sostiene que las penas corporales de la justicia indígena, aunque envueltas en una esfera de reconciliación y expiación, no implican necesariamente que se esté operando un perdón. Al contrario, es muy posible que esas mismas características coincidan plenamente con el ideal de la doctrina occidental y, por lo tanto, con el del Estado, tal como tradicionalmente se lo concibe, para la imposición de la pena misma.

La primera tarea para abordar este punto es evaluar la aplicación de la pena desde dentro y, libre de prejuicios, responder a la interrogante: ¿por qué un castigo corporal leve no podría constituir pena?

Teniendo en cuenta que el *Sumak Kawsay* es un conjunto de valores distintos a aquellos adoptados por el ordenamiento jurídico estatal, se plantea la hipótesis de que un castigo corporal leve y rápido pueda ser considerado una pena en su plenitud. Al final, si la comunidad indígena tiene su propio sistema hermético de reprimendas y no cuenta con un segundo nivel que serían las penas del Estado constituido, es bastante plausible que ese castigo sea la pena más grave y efectiva que se puede aplicar, dentro de su visión de la justicia¹³⁴². El entendimiento de estas sentencias como justicia efectiva, en lugar de perdón, requeriría estudios antropológicos más amplios, pero uno de los elementos clave es la forma en que se declara: el castigo es decidido por votación en el cabildo¹³⁴³. Como en el famoso dilema de la caverna, si el pueblo no considera efectivamente ningún otro

¹³⁴² Así, la ya citada sentencia SP9243-2017 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, remitiendo dos otros fallos (CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556) recordó que “se precisó que en tales casos resulta vano argumentar que el sistema sancionatorio de los indígenas comporte un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, porque tal calificación además de peyorativa desdeña la autonomía de los pueblos indígenas”. Sentencia disponible en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2jul2017/SP9243-2017.pdf>

¹³⁴³ Proano Tamayo aclara sobre la participación colectiva de la sociedad en el Cabildo que toma las decisiones en ese proceso de justicia: “En relación con los resultados, se pudo mostrar, que la comunidad conoce la justicia indígena y que dentro de la comunidad se la aplica, respecto al resultado de la pregunta ¿Ha participado Usted, en algún proceso de Justicia Indígena? El porcentaje de las repuestas refleja que no todas las personas participan, el 59% no ha participado, mientras el 41% sí lo ha hecho. Sobre la pregunta ¿sabe usted si en el Cabildo, se permite a los jóvenes participar en sus decisiones? La respuesta mayoritaria fue no cuyo porcentaje es del 75% y el sí del 25%, contrario a lo garantizado en la asamblea de la comunidad”. PROANO TAMAYO, D. S.; COKA FLORES, D. F.; LUCERO SALCEDO, V. H. Aplicación de la justicia indígena dentro de la Comunidad Kichwa Otavalo. *Dilemas contemp. educ. política valores*, Toluca de Lerdo, v. 9, n. 1, 2021.

tipo de punición, esa es la punición efectiva¹³⁴⁴. Desde dentro, es una pena grave, aunque desde fuera pueda parecer un ritual de expiación y reconciliación.

Incluso es posible que el condenado, a partir de sus creencias, prometa reconciliación y reciba expiación, declarada por quien es responsable de gestionarlas: el sacerdote u otro líder local. No obstante, ello no le quitaría el carácter de pena al acto. No se encontraría el perdón mientras no existiera una alternativa, es decir, no hay una pena que pueda ser suspendida o levantada si no se declara el arrepentimiento. Reconciliarse con la sociedad, con la naturaleza o con entes metafísicos a través de la pena no puede considerarse un acto de perdón, si hay pena aplicada *pensada como pena*¹³⁴⁵.

En una perspectiva de pena comunicativa, ahora tan en tendencia, los castigos corporales de la justicia indígena pueden ser la concreción del ideal hegeliano, en el cual la pena es la aceptación del sujeto en la sociedad. El hecho de que este tipo de actividad comunicativa solo funcione dentro de pequeños grupos, donde la comunicación de la reaceptación del delincuente por medio de la pena pueda existir a la vista (y en la memoria), es una señal de la ineficacia de la pena ordinaria en clave europea, no de la pena indígena. Es realmente difícil aplicar el ideal de comunicación y funcionalidad en grandes centros urbanos, pero eso no invalida su concreción en comunidades que, de hecho, funcionan en un círculo autopoietico visible.

En otras palabras, la pena blanda, sin dolor significativo y casi completamente dirigida a la comunicación y al reconocimiento del delincuente como persona funcional en la comunidad, puede ser, en la justicia indígena, la concreción de la prevención general positiva, que en la doctrina neohegeliana solo existe como utopía.

Para que exista un perdón efectivo, es necesario levantar las faltas, no simplemente reconciliar. Esto, además, refuerza la postura aquí defendida sobre el origen

¹³⁴⁴ Desde ahí el importante alerta de que la justicia indígena, al ser aceptada por el Estado, tiene mucho que enseñar. Así, Álvarez: “Este proceso requiere de tiempo y maduración debido a la cosmovisión y cultura de los pueblos con los que se ha iniciado este trabajo. La desconfianza es justificada, debe ser comprendida y deben desaparecer la hegemonía institucional para que surjan culturas sensibles y humildes que permeen procesos de intercambio cultural igualitarios, enriqueciendo a la sociedad”. ALVAREZ SOLER, J. A. Diálogo de saberes: justicia indígena del Cauca y justicia ordinaria, un intercambio cultural posible. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, v. 21, n. 33, 2019, p. 37.

¹³⁴⁵ Hay que observar que los castigos de la justicia indígena, a los ojos de la cultura europea, están en una situación límite: por un lado, al ser corporales, resultan demasiado crueles para ser considerados únicamente como penitencia o condición de perdón; por otro, al consistir en tareas rápidas, resultan demasiado suaves para ser calificados como pena. Sin embargo, pueden significar una comunicación pura en el restablecimiento del vínculo del individuo como parte integrante del grupo, de acuerdo con la idea más pura del funcionalismo neohegeliano.

del perdón judeocristiano, ya que este une la expiación con el perdón de las faltas. Para que haya perdón, es indispensable una relación de desequilibrio entre ofensa y dádiva. Si hay equilibrio o alguna razón que sugiera la existencia de equivalencias, la figura pierde su carácter distintivo. En el caso de la justicia indígena, si existe un consenso común sobre la pena y la ofensa, independientemente de los objetivos o creencias culturales que los sustenten, es difícil identificar un perdón.

Es evidente que esta postura sobre la justicia indígena no pretende ser una defensa de ella, ya que ese no es el objetivo aquí. La cuestión que se plantea es retornar al perdón contemplado en la delación: aunque el arrepentimiento sea su esencia, no es su elemento diferenciador. Su verdadera distinción radica en el contraste entre una pena posible, que se reduce sin una contrapartida equivalente del condenado.

6.10 Tendencia al perdón del Estado: cambios de visión de mundo

Los pensamientos jurídicos de tendencia decolonial en América Latina han construido la doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional, la cual puede contribuir significativamente en la búsqueda por figuras contemporáneas del perdón, aproximándolas a la actual hipótesis sobre la delación premiada¹³⁴⁶.

El ‘Estado de Cosas Inconstitucional’ es de una doctrina que tuvo origen en Colombia, con una Sentencia de Unificación (SU 559/1997), la cual protegía los derechos de profesores, que estaban vinculados de manera provisional en el sistema educativo colombiano. La Corte declaró que esta situación constituía una vulneración masiva y sistemática de los derechos laborales de los docentes provisionales. Además, consideró que las instituciones públicas no estaban cumpliendo con su deber de realizar concursos de méritos de manera periódica, lo que perpetuaba la precariedad laboral de los docentes. No tardó el principio en trasladarse al derecho penal¹³⁴⁷, notablemente a las cuestiones penitenciarias. En líneas generales, la doctrina da cuenta de que, cuando la realidad general de las cosas es de incumplimiento de los derechos básicos de la Constitución, hay

¹³⁴⁶ Sobre la influencia del pensamiento decolonial en América Latina, véase RODRÍGUEZ, V. G. Hacia un concepto de Latinoamérica. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.

¹³⁴⁷ Véanse otras Sentencias de la Corte Colombiana sobre el Estado de Cosas Inconstitucional: S. T-388/13, T-195/15, T-762/15, T-182/17, T-193/17, T-162/18, T-267/18, T-260/19, T-374/19.

que ser considerado en los castigos o, mejor dicho, en su suspensión. En Brasil, el constructo colombiano se ha aplicado por primera vez en 2015¹³⁴⁸ en un fallo del Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/STF), referido a la omisión del Estado en la situación carcelaria, y ya se ha reiterado en 2020, cuando la misma corte brasileña prohibió, en tiempos de pandemia de Covid-19, las acciones organizadas de la policía en las “favelas” (ADPF 635), incluso haciendo referencia directa a una importante decisión de la Corte IDH en contra de la letalidad policial de Brasil (Caso Favela Nova Brasilia¹³⁴⁹).

En resumidas cuentas, la doctrina del "estado de cosas inconstitucional" significa que no se puede aplicar un derecho normal a una situación anormal. Si bien, en términos de derecho constitucional, esto representa un gran avance al impulsar que se interprete *cum grano salis* la afirmación kelseniana de la absoluta separación entre la vigencia normativa y su eficacia, en el derecho penal no es, o no debería ser, una rotunda novedad, ya que se trata de un reconocimiento de la falta de culpabilidad.

Ahora bien, intuitivamente, el levantamiento de la pena para aquellos que se ven agraciados por el reconocimiento del estado de cosas inconstitucional genera una sensación de injusticia. Esto ocurre porque, en los casos en que se ha aplicado, resulta difícil reconocer que el agente que cometió el injusto haya actuado en un estado completo de inculpabilidad, al no habersele exigido una conducta distinta. Si se construye una visión más ampliada, podría significar, como ha señalado algún autor¹³⁵⁰, un sistema de inculpabilidad por vulnerabilidad; pero esta posición también es muy discutible.

Como punto más relevante, hay que notar que en ese desfase se ubica el perdón. Es decir, si se tratara exclusivamente del ámbito de la culpabilidad, sería posible una disminución de pena por menor reproche, pero jamás su anulación. Al ocurrir el levantamiento total, queda claro que el Estado se vale de un incremento en la rebaja de la pena hasta llegar a cero, cuya desproporción comunica el combate a una situación de

¹³⁴⁸ Nos referimos a la ADPF/STF 635. "Não é esse, infelizmente, o quadro trazido pelo Partido requerente. Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição". El fallo está disponible en la página web del Supremo Tribunal Federal.

¹³⁴⁹ CoIDH, *Caso Favela Nova Brasilia x Brasil*, Sentencia de 16 de febrero de 2017.

¹³⁵⁰ Es una idea ya tradicional de Zaffaroni, muy difundida en América Latina. Véase: ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Buenos Aires, 2000, p. 620 y ss.

anormalidad que desea declarar como grave.¹³⁵¹ La comunicación de la gravedad reside en el desfase, y, a su vez, ese desfase es el contingente del perdón. Si nos circunscribimos a los casos brasileños, el perdón alerta sobre la necesidad de cambio ante la reiterada violación de los derechos humanos en los centros penitenciarios o la condición de dominio de la criminalidad organizada en las ‘favelas’, sumada a la reacción policial de baja eficacia y alta letalidad¹³⁵². Dado que hay excepcionalidad y que existe una desproporción en el levantamiento de la pena, se puede afirmar que existe el perdón en una clásica cuestión de punibilidad: se opta por el levantamiento de la pena porque hay una finalidad más relevante que perseguir.

El paralelo con la delación premiada, en este momento, se vuelve evidente: en una situación de combate, el Estado utiliza, de manera excepcional, una disminución desproporcionada de su reacción negativa prevista en la ley para lanzar un mensaje de identificación empática y de necesidad de cambios.

6.11 Requisitos del perdón

Con esta breve incursión acerca del perdón en los supuestos religiosos o en los perdones otorgados por la clemencia del Estado, se pueden enumerar algunos requisitos que serán estudiados con mayor profundidad en el próximo capítulo, bajo paradigma más concreto. Sin embargo, como breve conclusión a este capítulo, vale la pena enumerar algunas condiciones del perdón. (1) El primero de ellos, que parece elemental pero tiene muchas consecuencias prácticas, es la **determinación** de los hechos que se están perdonando. Aunque esa determinación podría considerarse innecesaria en algunos casos rudimentarios, la narrativa específica de los hechos perdonados adquiere mayor relevancia si los hechos se hacen más complejos. No solo define dónde recae el perdón, sino que, en algunos casos, aporta elementos importantes para la reparación; (2) también es casi siempre relevante que exista arrepentimiento por parte del perdonado, aunque, como aquí se mencionará brevemente, ello no debe interpretarse como una exigencia

¹³⁵¹ En otros términos, existe una disminución de la culpabilidad en determinada proporción, y desde ese punto hasta la eliminación de la pena, se recurre a un uso del perdón con finalidad comunicativa. No se puede definir de momento cuál es esa proporción, pero el paralelo con la delación premiada es notorio.

¹³⁵² Para el caso colombiano original, aunque fuera del derecho penal, la declaración de anormalidad que hace el Estado sobre la contratación precaria de profesores para el sistema educativo público.

psíquica del individuo; (3) en tercer lugar, como se señaló en el subtítulo anterior, el perdón implica un desfase entre el hecho perdonado y la pena que virtualmente sería impuesta; esto conlleva un corolario, que contempla la necesidad sancionatoria, aunque sea de carácter penitencial. A continuación, se abordarán brevemente cada uno de estos puntos.

6.11.1 Narrativa de las ofensas perdonadas

Las concepciones más contemporáneas del perdón alcanzan la importancia de esa narrativa exhaustiva de los hechos. Griswold, por ejemplo, en un intento de sistematizar el perdón, diseña seis requisitos, entre los cuales está "ofrecer una narrativa que explique cómo llego a la falta y cómo ese hecho que cometió no representa la totalidad de su persona"¹³⁵³. Aunque el autor imponga muchos matices en cuanto a la necesidad de esa narrativa cuando se trata de perdón en esferas políticas, bien es cierto que la enunciación de los hechos por el propio ofensor es una de las formas más eficaces de poder perdonar. Evidentemente se considera que una narrativa pueda resultar sesgada por el punto de vista del ofensor y de las propias víctimas, también es verdadero que la narrativa de los hechos y su redacción constituyen la única forma de establecer no solamente cómo el ofensor interpreta sus propias acciones, sino, lo que es más importante, qué es lo que se está perdonando¹³⁵⁴.

En los próximos capítulos se disertará más sobre la relevancia de la narrativa de los hechos¹³⁵⁵, tanto en el contexto de la justicia transicional como dentro de una visión del derecho penal entendido como una estructura narrativa. En este momento, solo cabe señalar que esta necesidad narrativa se ha ido perfeccionando a lo largo del tiempo.

¹³⁵³ "offer a narrative accounting for how she came to do wrong, how that wrongdoing does not express the totality of her person, and how she is becoming worthy for approbation" GRISWOLD, C. L. *Forgiveness: a philosophical exploration*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 250.

¹³⁵⁴ En sentido paralelo, el texto de ARROYO ZAPATERO, L. Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Una contribución a Derecho y Literatura. In: QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (org). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Silva Sánchez*. Buenos Aires: IBdeF, 2017, p. 15-27.

¹³⁵⁵ Véase 8.6.

6.11.2 Arrepentimiento psíquico y normativo

El perdón religioso, como se ha observado, está condicionado al arrepentimiento. Este se manifiesta como un estado del alma necesario para obtener la absolución de las faltas, ya sea mediante la declaración de quien ha agraviado a Dios, a quien, en última instancia, se dirigen todas las ofensas.

En el Derecho penal, se ha abordado el tema del arrepentimiento, especialmente en relación con la culpabilidad. Queda claro, desde un principio, que la condición ontológica de arrepentido debería estar vinculada con la libertad de acción. En otros trabajos previamente elaborados por el presente autor —a los que ahora se remite—, se ha estudiado la libertad de voluntad, tanto en términos teológicos como filosóficos y filosófico-penales. Retomar aquí dicho análisis sería redundante, pero se pueden recordar brevemente algunos aspectos para alcanzar lo que es relevante en este contexto: el arrepentimiento normativo.

Entre varios enfoques, el análisis teológico de Ginés de Sepúlveda contrasta con el *Servo Arbitrio* de Lutero para abordar el concepto de arrepentimiento. Su argumento es sencillo: "si todo ocurriera por necesidad, sería evidente para aquellos que se preguntan cuál es el provecho de la deliberación que la reflexión es inútil"¹³⁵⁶. Para Sepúlveda, el arrepentimiento sería entonces "una buena prueba de que tuvimos la capacidad de hacer lo contrario de lo que hicimos"¹³⁵⁷.

Así, aunque alejada de lo que sería la culpabilidad, la teología ya vinculaba el arrepentimiento con la posibilidad de actuar de otro modo. Schopenhauer, con su concepción que tanto influyó en aquellos que reflexionaron sobre la culpabilidad a partir del carácter, también ofrece una visión distinta sobre el arrepentimiento, que aquí sería poco relevante aquí si no fuera por el rápido paralelismo que se puede trazar con el concepto de culpabilidad. Para el filósofo, el carácter tiene su origen en una "constitución

¹³⁵⁶ GINÉS DE SEPÚLVEDA, J. *Sobre el destino y el libre albedrío*. In: *Obras Completas XV*, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 46.

¹³⁵⁷ *Idem*.

especial e individualmente determinada de la voluntad, en virtud de la cual la relación frente a los mismos motivos varía en cada hombre"¹³⁵⁸. Sin extensas argumentaciones, el autor define que el carácter del hombre es individual, por lo que los motivos actúan de manera diferente en cada uno; es empírico, ya que solo la experiencia lo revela, incluso a nosotros mismos, es decir, al propio poseedor de dicho carácter. El carácter es constante, y de ahí surge la tajante afirmación del autor: "el hombre nunca cambia; de la misma forma en que actuó en un caso, actuará si se repiten las mismas circunstancias"¹³⁵⁹, siempre y cuando las perciba de la misma manera. Por último, el carácter es innato, es decir, "no es obra del arte o de circunstancias fortuitas, sino obra de la Naturaleza"¹³⁶⁰. Sin embargo, esta forma innata no implica la inexistencia del arrepentimiento, todo lo contrario. Para el autor, el arrepentimiento sería "el sentimiento común de decepción que tenemos con nosotros mismos, el momento en que nos damos cuenta de que no estamos dotados de esta o aquella virtud, como en otro tiempo podríamos haber creído"¹³⁶¹.

En el derecho penal propiamente dicho, es conocida la crítica de Engisch a Welzel sobre su concepción de la libertad y la finalidad¹³⁶². Engisch parte de la noción de arrepentimiento de Schopenhauer, pero avanza un paso más al cuestionar cómo puede el concepto de culpabilidad reprochar el carácter innato de un individuo, si este no tiene control sobre él. ¿Podría el derecho penal reprochar la personalidad de una persona? A partir de esta pregunta, se llega a la afirmación de que el carácter, de una manera u otra, termina siendo moldeado, de modo que la actitud criminal es reprochable en el individuo por su conducta de vida, lo que implica, en efecto, un reproche del carácter. Lo que Engisch intenta establecer en cuanto a la responsabilidad por el carácter y la conducta de vida (lo cual no es una novedad en su obra) es que su propuesta se vincula al hecho criminal, considerando el carácter solo como su raíz¹³⁶³. Welzel, como se sabe, en el

¹³⁵⁸ SCHOPENHAUER, A. *Sobre la libertad de la voluntad*. Madrid: Alianza, 2012, p. 110.

¹³⁵⁹ El autor deja de aclarar cuestiones esenciales que, en su momento, ya estaban a su alcance: por ejemplo, si el carácter es individual, ¿es irrepitable? ¿Sería posible determinar caracteres y, a partir de ahí, prever reacciones?

¹³⁶⁰ SCHOPENHAUER, A., *Sobre la libertad... cit.*, p. 112.

¹³⁶¹ *Idem*, p. 109.

¹³⁶² "‘Böser Wille ist kausale Abhängigkeit von wertwidrigem Antrieb und insofern unfreier Wille’, sagte Welzel. Böser Wille ist schuldhafter Wille. Schuldhafter Wille ist dann also unfreier Wille“, ENGISCH, K. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart: Vortrag*. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1965. Existe una traducción del profesor Guzmán Dalbora, publicada por Editora Edeval, Valparaíso de Chile, 2006, p. 36.

¹³⁶³ Torío López, que concede gran valor a la concepción de Engisch como "un cambio profundo de la concepción antropológica, filosófica, metafísica, que predominó en los años inmediatos al fin de la guerra mundial, no siempre percibido con diafanidad" resume que "La tesis de Engisch de que el hombre es responsable por su modo de ser, por su carácter, como conjunto de propiedades congénitas y adquiridas que

Festschrift dedicado a Engels en 1969, critica la idea de que el legislador pueda reprochar el carácter, lo que, en palabras menos ortodoxas, equivaldría casi a criminalizar la personalidad¹³⁶⁴. Welzel, en cambio, apoya la decisión humana basándose en el pensamiento de Nicolai Hartmann¹³⁶⁵, en sus estructuras lógico-objetivas, donde se encuentra la acción orientada a un fin y la posibilidad de actuar de otra manera.

La tendencia del derecho penal, al menos en la dogmática latino-germánica, ha sido abandonar casi por completo todo concepto ontológico y avanzar hacia el normativismo. Ya antes de Welzel, se había abandonado la noción de culpabilidad psíquica en favor de una culpabilidad normativa¹³⁶⁶. Después del profesor de Bonn, aunque por caminos muy variados, se dejó de creer en la posibilidad de concebir cualquier estructura concreta de las cosas, especialmente una estructura ontológica de la acción humana. Gössel¹³⁶⁷, Roxin¹³⁶⁸ y muchos otros han disertado de manera clara sobre el avance hacia el normativismo, y hoy en día muchos estudios dogmáticos consideran como absolutamente evidente la estructura normativa¹³⁶⁹ de la sociedad y el papel de la persona.

le confieren peculiaridad individual, remite retrospectivamente a un ser humano condicionado. El acto, cuyo soporte es el motivo, está determinado en último término por el carácter del sujeto” TÓRIO LÓPEZ, A. El sustrato antropológico de las teorías penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense – Estudios en Homenaje a Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, p. 668.

¹³⁶⁴ WELZEL, H. *Reflexiones...* cit., p. 225.

¹³⁶⁵ En otra obra se ha analizado las coincidencias entre la extensa obra de Hartmann y la construcción del finalismo en Welzel. Solo como destaque, se recorta: “For to this belong not alone the conscious setting up and pursuit of ends; every activity of the subject has essentially the structure of this nexus. All practical intention is finalistic” HARTMANN, N. *Moral Values*. Traducción: Stanton Coit. Londres: George Allwen & Unwid ltd, 1963, p. 151.

¹³⁶⁶ El repaso por la dogmática aquí es breve, so pena de desvío del tema. Lo único que se hace es documentar el paso al normativismo. Para la culpabilidad normativa, a partir de las concepciones originales de Frank (*Über den Aufbau des Schuldsbegriffs*), Goldschmidt (GOLDSCHMIDT, J. *La concepción normativa de la culpabilidad*, (texto original de 1930), versão espanhola de GOLDSCHMIDT, M. de e NÚÑEZ, R. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2002) y Mezger (MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Traducción: Rodríguez Muñoz. Madri: Editorial revista de Derecho Privado, 1946 e 1949), véase RODRÍGUEZ, V. G. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, capítulo 9.3.

¹³⁶⁷ GÖSSEL, K. H. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. Traducción: M. Polaino Orts y J. Caro-John. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 01, 2007, p. 34.

¹³⁶⁸ “Como se sabe, as investigações a respeito do sistema jurídico penal no pós-guerra distanciaram-se cada vez mais de dados prévios ontológicos e de estruturas lógico-reais, sobre os quais o finalismo queria fundamentar o direito penal, tentando resolver a teoria geral do delito a partir de pontos de vista normativos” ROXIN, C. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal*. Traducción: Luís Greco. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Renovar, 2006, p. 55.

¹³⁶⁹ Jakobs llega a definir como premisa que “el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad” JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Traducción: Cancio Meliá y Feijóo Sanchez. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, ano V, n. 9-A, 1999, p. 19.

Entrar en toda la evolución de las concepciones de la acción humana y el post-finalismo nos desviaría del tema. Lo único que se pretende resaltar aquí es que existe una interpretación normativa de la acción del individuo, la cual prescinde del conocimiento real, ontológico, de lo que sucede en la mente o la psique, ya que esto no es materia del derecho penal. Con la figura del arrepentimiento, no debería ser distinto.

Esto quiere decir que, en una relación de implicación muy breve, si el derecho penal ha llevado la normatividad de la culpabilidad a extremos, cuando esta culpabilidad se originaba en la relación con el psiquismo, **el arrepentimiento puede, e incluso debe, seguir un camino análogo**. Es decir, puede trasladarse del arrepentimiento del alma, en la teología primigenia, o de la personalidad, en la filosofía y el pre-finalismo, a una percepción externa, sustentada por las reglas sociales, que evidencie que la persona perdonada no tiene intención de reincidir en delitos de la misma naturaleza.

Ahora bien, si damos un paso más en la interpretación y le otorgamos a ese “no querer” repetir delitos un enfoque absolutamente neutral, es decir, sin importar los motivos psíquicos que hacen que el individuo no desee regresar al delito (sea por la amenaza de pena o por la conveniencia del perdón), podemos equiparar las garantías objetivas de no repetición al arrepentimiento. Esto constituiría un **arrepentimiento normativo**, neutralizado. De este modo, se equipara al ‘arrepentido’ con aquel que ofrece lo que la doctrina internacional denomina “garantía de no repetición”.

No se nos escaparía la crítica hipotética según la cual la construcción de un arrepentimiento normativo sería, en lugar de un avance, un retroceso, ya que la ‘garantía de no repetición’ es en sí misma más objetiva. A esta crítica se puede responder en dos sentidos: en primer lugar, el arrepentimiento normativo serviría para el propósito principal aquí, que es acoplar dos sistemas diversos. La delación y la justicia premial son elementos de un sistema de justicia anclado en la negociación, con una mínima reflexión sobre el papel dogmático de la pena utilitaria y una situación de anomia muy visible. El traslado al perdón, y de ahí a la necesidad de arrepentimiento, es una traducción al lenguaje valorativo del sistema latino-germánico, que trabaja con elementos más detallados del sistema de valores subjetivos (aunque objetivamente captados) para reprobar el injusto. Por más que se intente dejar de lado la subjetividad, si no adoptamos posiciones radicales del derecho penal, esta es parte de la propia acción. Además, si se impone una condición para evitar que se continúe delinquiendo (que es la de no repetir el

hecho), estamos dentro de la esfera del perdón. De lo contrario, estaríamos frente a un acto de clemencia, tema que se ha abordado al principio de este texto y que no debe confundirse con la delación¹³⁷⁰.

Como segundo punto, cabe señalar que la ‘garantía de no repetición’, que se abordará en un momento posterior, también se encuentra en un extremo ilusorio en cuanto a la consecución del perdón. Al remitir a un evento futuro, la no repetición no constituye efectivamente una garantía, sino una promesa. Cuando el juez evalúa si el delator garantiza no repetir su conducta delictiva, en un sentido realista, podría estar buscando más bien valorar si el perdonado da señales de arrepentimiento, en lugar de ofrecer una garantía futura de no regresar a la delincuencia, lo que solo puede evaluarse de manera virtual. Ninguno de los dos instrumentos —arrepentimiento o garantía de no repetición— son infalibles, y cada uno aporta sus ventajas.

Otro tema, muy distinto, sería debatir si es recomendable que el legislador, en una eventual nueva ley de delación, inserte en el texto legal la necesidad de ‘arrepentimiento’ o ‘remordimiento’¹³⁷¹, asegurándose de que esta figura carezca de cualquier vestigio de configuración psíquica u ontológica, siendo puramente normativa. En la actualidad, es evidente que no sería recomendable esta remisión, no solo porque podría interpretarse como una intromisión penal en las intenciones más íntimas del individuo, las cuales son de imposible prueba y podrían cambiar en cualquier momento, incluso por motivos

¹³⁷⁰ El vínculo entre arrepentimiento y perdón, en las formas más objetivas de la actualidad, aparece en el texto de Botero. Recortamos un fragmento: “Una cosa es la clemencia y otra el perdón. La clemencia es abstenerse de imponer un castigo; el perdón es desmesurado, quisiera meterse en la conciencia del criminal para exonerarlo, pero esto es imposible. Donar algo pero no al amigo, no a la amante, sino al enemigo. El perdón sólo es posible ideológicamente. Los religiosos negocian el cielo; los políticos, el armisticio. El perdón entra en la estrategia de la salvación, una forma de negociar la conducta futura de los fi eles o de los sublevados: “Si obras bien en el futuro, no te castigo por tu comportamiento pasado”. El mensaje que le queda al delincuente es que siempre podrá hacerse perdonar sus crímenes”. BOTERO, D. El perdón: entre razón y no razón. In: CHAPARRO, A. (org.). *Cultura Política y Perdón*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, p. 138.

¹³⁷¹ Maslen hace la diferencia entre *regret* y *remorse*, cerca del ‘remordimiento’ en castellano (*remorso*, en portugués, más próximo del término anglosajón): “Most broadly, regret is felt over an unsatisfactory state of affairs. Regret, unlike remorse, can be felt over morally neutral actions, even morally virtuous actions, and for circumstances that are not a consequence of one’s own actions. Regret, unlike remorse, does not characteristically involve judgements about the self and does not have to involve concern for others. In regret there might Only be disapproval of one’s actions in so far as they have affected one’s own personal gratification. Accordingly, regret most often focuses on the prudential disvalue of an act rather than any moral disvalue. What regret and remorse do share is the presence of an intention not to behave in the same way in the future.” MASLEN, H. *Remorse, Penal Theory and Sentencing*. Oxford, 2015 (versión electrónica).

internos, sino también porque reforzaría el discurso de ‘*softening*’, según el cual el delator es una persona especial que se ha arrepentido espontáneamente de sus acciones.

Claro que existen formas de enunciar el ‘arrepentimiento’ de modo indirecto, como ocurre en el artículo 90.8 del Código Penal Español. Para regular la libertad condicional en casos de “delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales”¹³⁷², el Código exige una colaboración efectiva que incluye actos de delación, lo cual implica, entre otros requisitos, el abandono de las actividades criminales. Dicho abandono, al ser — expresado de otra manera — una condición futura no comprobable, requiere, según el Código, de una “acreditación”. Como forma de acreditación, se exigen dos requisitos del propio reo: “una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito” y “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas”.

Ahora bien, el artículo vincula al delator con una “petición de perdón”, lo que muestra el carácter de perdón que estamos señalando. Sin embargo, lo más relevante para el presente argumento es el “repudio” a las actividades delictivas anteriores. Quien repudia sus actividades delictivas no hace más que mirar hacia el pasado y, desde el presente, manifestar un rechazo actual a su conducta anterior. Aunque se pueda debatir ampliamente sobre la naturaleza mental y temporal de esta declaración, como por ejemplo si implica o no la afirmación de que el reo, en las mismas circunstancias del pasado, no repetiría sus acciones, lo cierto es que en la práctica constituye una declaración de arrepentimiento. El ‘repudio’ elimina el carácter subjetivo-religioso del arrepentimiento, pero su declaración conlleva el mismo efecto que la confesión de un arrepentido: la garantía de que no actuará de forma similar en el futuro, dado que repudia el hecho ocurrido en el pasado. Esta garantía, como se sabe, es meramente simbólica.

¹³⁷² Aquí, el artículo, apenas para documentar: “90.8. En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”

Por lo tanto, la idea aquí postulada de un arrepentimiento normativo, es decir, concebido a partir de elementos de la realidad y que no interfiere en la psique individual, ya está inscrita, a su manera, en el Código Penal de España para el delator-colaborador. No es, por tanto, creación de esta monografía como requisito del perdón al delator, sino quizás solo como un concepto de acoplamiento al sistema. De cualquier forma, la petición de perdón y la declaración de ‘arrepentimiento’, aunque implícita en el rechazo de las actividades criminales anteriores, forma parte de la comprensión del premio al delator como una forma de perdón del Estado. Esto, en términos de justicia transicional, que se abordará en el próximo capítulo, se denomina ‘garantía de no repetición’.

6.11.3 Desfase entre pena prevista y penitencia

Otro elemento relevante para que exista la figura del perdón, como se postula aquí, es el **desfase** o la discrepancia entre la pena prevista y la pena aplicada. Este desfase no es tan evidente como podría parecer al principio, y tiene un rol determinante en la futura definición de la naturaleza de la delación premiada.

El precepto secundario de la ley al tipo penal, es decir, la sanción, es una consecuencia directa de la comisión del injusto culpable. Al menos como está concebido en las legislaciones actuales, dicha pena es obligatoria si se cumplen todos los elementos del tipo penal, si está presente la antijuridicidad (para quienes no la consideran diluida en la tipicidad¹³⁷³), y el hecho es culpable. En caso de que no se aplique este precepto secundario a través del instituto de la punibilidad, ello solo significará perdón en la medida en que exista un desequilibrio, una desproporción entre la pena prevista y la aplicada, lo cual es más evidente cuando la pena aplicada es nula.

Si regresamos al perdón religioso, se recuerda la distinción entre la reparación del daño (obligatoria en el judaísmo) y la penitencia. Esta última **no** asume el carácter de pena, sino que es un “acto de voluntad, en el cual el pecador se aparta del pecado y desea

¹³⁷³ Sobre los elementos negativos del tipo, a partir de Merkel con su *Gesamtbestand* hasta las concepciones más contemporáneas está en nuestra obra general. Allá comentamos: “Entenda-se: a formulação do elemento negativo do tipo faz coincidir tipicidade e antijuridicidade não porque considere qualquer uma delas menos relevante, mas porque acredita que, para que se possa afirmar que o autor cometeu uma ação típica, não basta que sua ação seja voltada à finalidade (dolo pertencente à ação); é necessário mais: que a vontade do agente seja a de enfrentar todo o ordenamento jurídico”. RODRÍGUEZ, V. G. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 147-148.

la reparación de su alma"¹³⁷⁴, por usar las palabras de Tomás de Aquino. Se trata de un sacrificio que tiene, en los términos adecuados a este texto, **un efecto simbólico de reconciliación**, considerando la anulación de la falta por parte del verdadero ofendido, aquel que perdona.

Esta característica es importante para la definición que aquí se hace porque, en el caso de la delación premiada, la sustitución de la pena al delator asume el carácter de perdón en la medida en que haya una reducción efectiva. Por lo tanto, los acuerdos sinalagmáticos entre acusación y reo no pueden constituir perdón por sí mismos, sino que representan una sustitución de la pena privativa de la libertad por otro tipo, como la pena pecuniaria. Esto nos lleva a la importante conclusión de que el perdón se afirma como tal cuanto mayor es la rebaja de la pena, lo que, en otras palabras, implica una mayor distancia –y, con ello, mayor oposición– entre la pena prevista para el tipo y la pena impuesta.

La necesidad de una penitencia, con un enfoque en la expiación más que en el castigo, **puede ayudar a desvelar la naturaleza** de la pena que se aplica al delator. Esta pena puede representar la idea simbólica de expiación, simplemente para confirmar que el Estado está ejerciendo el perdón, o puede significar el remanente de la sanción penal merecida, es decir, el resultado de la sustracción del perdón respecto a lo que sería la pena completa. Al tratarse de un carácter novedoso de la pena, es difícil establecer este cálculo si ausentes parámetros adicionales.

6.12 Toma de posición: aplazamiento

El perdón se presenta, según la doctrina contemporánea, como una alternativa de gran relevancia en el Derecho penal. La hipótesis de que el perdón sea la vía más adecuada para integrar la delación premiada en el sistema valorativo contemporáneo ya se

¹³⁷⁴ Suma Teológica (III, q. 85, a. 3). En 1551, el Concilio de Trento, en su sesión XIV, reforzaba: ““El confesor debe imponer penas proporcionadas a la gravedad de los pecados, pero estas penas no tienen el carácter de un castigo que la justicia divina inflige, sino que son medios de reparación y formas leves de participar en los sufrimientos de Cristo..”. El catecismo de la Iglesia Católica actual sigue confirmando la necesidad de pena leve: ““La penitencia que impone el confesor debe tener en cuenta la situación personal del penitente, y buscar su bien espiritual... No se trata de un castigo, sino de una reparación que ayuda al pecador a recuperar la plena comunión con Dios" (can 1460).

vislumbra a partir de las características expuestas en este capítulo. No obstante, esta hipótesis se precisará mejor al establecer un paralelo con una modalidad de perdón más actualizada, sobre la cual tanto la teoría como la práctica han evolucionado hasta niveles sofisticados. En este sentido, el próximo capítulo, dedicado a la justicia transicional, debe considerarse una continuación de este, segmentado únicamente por razones de organización. Esto nos permitirá adoptar una postura respecto a la hipótesis general, que será complementada: la recompensa al delator como pena parcialmente perdonada o como perdón condicionado al cumplimiento de una obligación, determinada mediante el baremo de una fracción de la pena prevista.

CAPÍTULO 07: JUSTICIA TRANSICIONAL COMO PARADIGMA PARA DELACIÓN: CONFLICTO Y EXCEPCIONALIDAD

7.1 Introducción

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, el perdón constituye un elemento clave en la delación premiada, dado que su aceptación exige superar el dogma del imperativo de la sanción al injusto culpable. En la hipótesis aquí planteada, según la cual la delación premiada puede ser, al menos parcialmente, una forma de clemencia normalizada del Estado, resulta imprescindible conocer los casos y la doctrina sobre justicia transicional. Esta última representa la figura más relevante en los casos de perdón por razones que no es difícil extraer de la realidad. En primer lugar, al involucrar cuestiones de gran trascendencia —por ejemplo, para el futuro de naciones enteras—, ha sido objeto de numerosos estudios teóricos por parte de la comunidad internacional. En segundo lugar, por su naturaleza concreta, permite una comparación más clara, al menos en la elaboración de una línea del tiempo que enmarque su evolución teórica a partir de los casos reconocidos. Además, al tratarse de hechos que afectan a la colectividad, aunque sean más susceptibles a sesgos políticos en su interpretación, poseen un carácter menos subjetivo. Los elementos psicológicos, por sus propias características, se encuentran más distantes, lo que abre margen para debates más fundamentales sobre la necesidad de la pena y la posibilidad del perdón. Y, si se puede añadir una característica más, debido a su dimensión global, su estudio exige la comprensión de diferencias no solo históricas, sino, sobre todo, culturales, lo que permite la inclusión de ejemplos relevantes, como las experiencias de Europa oriental, América y África.

El presente capítulo, desde luego, no pretende ofrecer un estudio exhaustivo sobre el tema, sino simplemente constituir la segunda parte del análisis iniciado en el capítulo

anterior, con un enfoque más concreto. Por ello, en las conclusiones de este capítulo se retomarán las características generales del perdón, tomando la justicia transicional como un baremo comparativo útil.

Aquí, la hipótesis derivada en este punto sostiene que la necesidad apremiante de acuerdo y la racionalidad con que se han diseñado las justicias transicionales más recientes han terminado por constituir un cuerpo teórico mediato para el desarrollo, la aplicación o incluso la mera aceptación de los perdones a los delatores en los juicios actuales. Quienes deben aplicar efectivamente el *ius in bello* consideran el contexto en que se encuentran: una situación de guerra finalizada, aunque no en términos absolutos. Las coincidencias con el discurso sobre la delación premiada son, por lo tanto, numerosas, de modo que comprender la contemporaneidad de esta justicia nos aportará contribuciones indispensables.

7.2 Sobre la terminología: ¿más de una justicia?

La práctica, tanto en lo referente al premio al delator como en la justicia transicional, demuestra que las recompensas y las negociaciones, sean estas formales o informales, forman parte del instituto. Asimismo, integran este fenómeno las restauraciones, entre ellas la de la verdad, lo que nos remite a elementos de nuevas justicias: de *transición*, *premial*, *negociada* y *restaurativa*. Todas ellas cuentan con sus respectivos conceptos, como se ha señalado en el primer capítulo, si bien sus divisiones resultan poco precisas en el ámbito práctico o epistemológico.

No es difícil identificar un elemento común entre ellas: la relativización de la aplicación de la pena prevista al injusto culpable. Para avanzar en el estudio de estas ‘justicias’, en las que la transicional ocupa un lugar preponderante, es necesario plantearse la siguiente cuestión: ¿es posible afirmar que hay más de una especie de justicia? No se trata de una discusión bizantina ni de una mera cuestión lingüística: la posibilidad de predicar calificativos en el término ‘justicia’ implica, inevitablemente, una modificación de su sentido esencial, el cual, en principio, es absoluto. Admitir un adjetivo para la palabra ‘justicia’ parece, en primera instancia, comprometer su integridad fundamental.

Desde una perspectiva puramente gramatical, el adjunto calificativo no puede perder su función restrictiva; es decir, atribuir una cualidad a la justicia implica delimitar una subparte de ella, ya que deja de ser la justicia en sí misma: la justicia que restaura o la justicia que opera una transición. En consecuencia, añadir un predicativo a la justicia en función de su finalidad supone aceptar que esta no constituye un fin en sí misma (justicia como justicia), sino un instrumento para otros propósitos, lo que da lugar a una justicia teleológicamente orientada.

La segunda hipótesis es que el sustantivo ‘justicia’, cuando se adjetiva, experimenta un desplazamiento semántico. Esto exige reconocer que, en estos casos, el término ‘justicia’ podría sustituirse por ‘sistema de enjuiciamiento’, de manera análoga a lo que sucede en otras expresiones consolidadas en el lenguaje, como ‘justicia penal’ o ‘justicia laboral’. Sin embargo, esta hipótesis no parece la más adecuada en los dos primeros casos —la justicia transicional y la justicia restaurativa—, pues en estos se trasciende la mera configuración de una estructura de aplicación de la norma penal en situaciones concretas¹³⁷⁵. Esas dos ‘justicias’ incorporan un entramado de valores cuya función es orientar la identificación de principios y la formulación de reglas de dicha justicia, en consonancia con su finalidad asumida. En cambio, los calificativos ‘premio’, ‘negociada’ o ‘restaurativa’ cumplen un rol distinto, ya que aluden a formas de operar la aplicación de la pena sin que ello implique modificaciones teleológicas o consecuencialistas.^{1376*1377,1378}.

¹³⁷⁵ La función restrictiva del adjetivo esté en el punto 13.2 de la NGLE: “**13.2b** Como consecuencia de la distinción introducida, el grupo nominal *gatos negros* tiene una extensión más reducida que la del sustantivo *gatos*, puesto que denota un subconjunto de este. Al añadir la intensión del adjetivo *negros* a la del sustantivo *gatos*, se obtiene un subconjunto (el de los gatos negros) del conjunto mayor (el de los gatos), del que quedan excluidos los gatos que no son negros. En lo esencial, este es el papel semántico del adjetivo como modificador RESTRICTIVO en el interior del grupo nominal”. Hay cierta simplificación en el tema, como es natural.

¹³⁷⁶ En la justicia negociada, de momento se debate especialmente: (1) en qué posición están los negociantes; (2) qué es lo que se desea con la pena. Aquí cabe lo que tenemos claro como hipótesis de acusación, pero, además, está vinculado con la claridad de la finalidad de la pena, que nadie la tiene. Es circular porque, de un lado hay la cuestión principal sobre la real finalidad de la pena. De otro, saber si una pena negociada asume la legitimidad, es decir, si alcanza su finalidad. No defendemos esta última hipótesis ¹³⁷⁷ Sobre concepto de justicia negociada: “En un sentido amplio, con la expresión “justicia penal negociada” cabe aludir a todo acuerdo que el imputado, en un proceso penal, puede celebrar con el fiscal o con la víctima, sin que necesariamente tal acuerdo conduzca a una sentencia que condene o absuelva. En un sentido restringido, se la usa para hacer referencia solo a mecanismos de negociación penal que llevan a una sentencia definitiva de absolución o condena” CALDERÓN, G. O. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. *Revista Chilena De Derecho*, v. 46, n. 2, p. 451-475, 2019.

¹³⁷⁸ Es plausible que incluso estas locuciones adquieran significado a partir de su uso en la práctica, y que de ahí derive un sentido teleológico autónomo. Por ejemplo, en la actualidad, la justicia premial puede entenderse como una forma de reducción del derecho penal, mientras que la justicia negociada podría concebirse como un mecanismo orientado a la satisfacción de la víctima, aproximándose así al concepto de

Por el momento, la posición terminológica que aquí se adoptó permite clasificar la justicia restaurativa y la justicia transicional como *justicias-finalidad*, mientras que la justicia negocial y la justicia premial se configuran como *justicias-medio* o, con mayor precisión, como medios de hacer justicia. Las dos primeras emplean métodos de delación para alcanzar determinados objetivos, mientras que las dos últimas constituyen medios instrumentales para la consecución de esos mismos fines. Esta distinción cobrará relevancia en los apartados siguientes.

7.3 Categorías de justicia transicional

Aunque un sistema de justicia especial para momentos de cambios políticos es una práctica antigua¹³⁷⁹, el concepto de justicia transicional es relativamente reciente¹³⁸⁰. Desde la perspectiva que aquí se adopta, la recurrencia de casos en los que países han transitado geopolíticamente hacia la democracia¹³⁸¹, así como los acuerdos alcanzados para la recuperación del poder estatal frente a grupos armados surgidos de la rebelión en contextos de conflictividad social, han puesto de manifiesto la necesidad de sistematizar el estudio del modelo de transición¹³⁸².

justicia restaurativa. Al mismo tiempo, la justicia premial podría remitir, aunque de manera tangencial, a un constructo de derecho penal sin sufrimiento o sin castigo, lo que le conferiría una finalidad propia. No obstante, por el momento, no es posible imponer directamente esa atribución de significado, sino solo de manera derivada.

¹³⁷⁹ Cabe preguntarse si los tratados de paz habidos en los fines de las guerras significan justicia transicional. Desde el punto de vista de los Estados, sí se pone fin a los conflictos. De otro lado, se trataría de todo lo contrario a una justicia: no aparece la verdad y cualquier situación que conlleve a reavivar la narrativa del conflicto sería antiproduktiva.

¹³⁸⁰ De modo muy objetivo, Teitel: “Transitional justice can be defined as the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes”. TEITEL, R. G. *Transitional Justice Genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, 2003, p. 70.

¹³⁸¹ “En consecuencia, no basta preguntarse por la naturaleza jurídica de la institución, es necesario también comprender las condiciones sociales que han definido su significación política y jurídica, así como el potencial transformador que ella ofrece en una sociedad afectada por un conflicto tan prolongado y destructivo. Teniendo claro este punto de partida teórico, pasaré entonces a mencionar algunos aspectos iniciales sobre el contexto específico del caso colombiano. La creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN), representó un punto de llegada bastante relevante en el proceso de negociación entre los actores políticos. El punto quinto del Acuerdo Final (AF) se constituyó en el componente más complejo y delicado de la negociación, y por tal razón, el que más tiempo demandó”. GÓMEZ, G. I. Las disputas por la jurisdicción especial para la paz (jep): una reflexión crítica sobre su sentido político y jurídico. *Vniversitas*, v. 69, p. 1-16, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/javeriana.vj69.djep>.

¹³⁸² Un estudio de la fundación Latinno ha colectado más de cinco mil “innovaciones democráticas” en los Estados Latinoamericanos. POGREBINSCHI analiza esa colección y clasificación, interpretando que hay Estados que tuvieron que concentrarse en superar el autoritarismo, destacando a Brasil y Argentina, mientras México y Colombia tienen la participación popular más institucionalizada “While most

De algún modo, fueron los grupos de politólogos y sociólogos quienes más se aproximaron a un análisis de lo que sería la justicia transicional. En el contexto jurídico, el abordaje epistemológico recayó principalmente en el derecho internacional, no solo porque este representa en gran medida una aproximación a la geopolítica, sino también porque la ausencia de un *corpus* dogmático específico sobre la transición obliga a estudiar el tema, como ya se ha enmarcado, a partir de los casos internacionales. Estos, dispersos a lo largo de las décadas o los siglos, solo pueden comprenderse en función del contexto de cada nación, es decir, a partir de experiencias localizadas en distintas regiones del mundo. Así, la pluralidad de ejemplos, separados por tiempo y espacio, dificulta la construcción de una teoría unificada.

Además, dado que, como se comentará, la justicia transicional suele ser una consecuencia de la ruptura del orden jurídico interno (de ahí la transición), jamás está prevista en el ordenamiento como un elemento abstracto, sino como un constructo *ex post*, diseñado para responder a una situación ya ocurrida¹³⁸³. Por lo tanto, sobran los motivos para que solo el espectro más amplio del derecho internacional intente estudiarla como teoría general. A los juristas del derecho interno les corresponde comprender las reglas que cada caso incorpora momentáneamente a su ordenamiento y, en lo que concierne al presente tema, determinar en qué momento la práctica de la reducción de pena está legitimada.

innovations are concentrated in South America, pushed by Argentina and Brazil in their struggles to overcome authoritarianism and long periods governed by the left, Colombia and Mexico stand out as countries with a tradition of institutionalizing democratic innovations propelled first by legislation and later by digitalization. While one could expect larger and more populous countries to adopt a higher number of democratic innovations, small countries such as Ecuador and Uruguay make clear how country-specific factors may play a critical role in the development of democratic innovations” p. 12. Hay quien considere, sin embargo la justicia transicional en México, por haber abusos atidemocráticos hasta el año del 2000, cuando asume el Presidente Fox. En Ese sentido, Treviño: “México alcanzó formalmente la democracia en 2000. Ese año, el triunfo electoral de Vicente Fox, candidato presidencial del Partido Acción Nacional (PAN), puso fin a setenta años de régimen autoritario que encabezó el Partido Revolucionario Institucional (PRI). El gobierno del presidente Fox (2000–2006) se entendió como la transformación de un régimen, no solo como el cambio de un partido en el poder. En ese contexto, en que se transitaba de un régimen a otro, emergió la justicia transicional, la idea de que graves violaciones a derechos humanos perpetradas durante la era del PRI —la desaparición forzada de disidentes, por ejemplo— serían investigadas por la nueva administración. El régimen democrático, se dijo, terminaría con un prolongado periodo de impunidad”. TREVIÑO-RANGEL, J. El pasado autoritario de la justicia transicional mexicana. *Latin American Research Review*, v. 58, n. 3, p. 631-648, 2022.

¹³⁸³ Eso, claro, implicará siempre la discusión de su legitimidad, en la falta de un juez natural. Sin embargo, hay dos elementos que podemos añadir: primero, al estar en un momento de transición, implica la refundación del Estado mismo, con lo cual se puede referir a cuestiones específicas (véase lo que ha ocurrido con la transición en Brasil); segundo, otra cuestión muy parecida a la delación: si su idea es la de disminuir la pena, ¿ella encontraría legitimación por sí misma?

En las últimas décadas han surgido documentos internacionales sobre el tema, que han adquirido relevancia como prueba de que la justicia transicional se ha consolidado tanto como concepto como en su propósito de pacificación de, en palabras de las Naciones Unidas, “las sociedades que sufren o han sufrido conflicto”¹³⁸⁴. Con todo, el análisis de estos documentos no permite considerarlos terminológicamente asentados, lo que obliga a explorar intentos de formulaciones conceptuales más amplias.

Es relevante señalar, para este tema, que el estudio de la justicia transicional plantea una figura de circularidad lógica o, cuando menos, de retroalimentación. Esto se debe a que, si bien los casos internacionales, reconocidos como hechos históricos, son esenciales para establecer la justicia transicional, solo un concepto previamente sedimentado puede determinar cuáles de los tribunales históricos creados para juzgar violaciones masivas de derechos humanos constituyen ejemplos de justicia transicional.

Para evitar que esta interdependencia derive en una falacia por petición de principio —en la que la conclusión remite a la definición de la premisa—, es necesario transformar el análisis en un proceso bifásico. En primer lugar, los casos que la literatura identifica como ejemplos de justicia transicional deben considerarse ilustraciones o hipótesis¹³⁸⁵. En un segundo momento, intentar retirar de esos casos un eje común para justicia transicional.

A modo de ilustración, presentamos como hipótesis de justicia de transición dos bloques de casos. En un primer bloque, se incluyen los tratados de paz y las revoluciones anteriores a la Segunda Guerra Mundial. En un segundo bloque, de carácter más individualizado, figuran los Tribunales de Núremberg¹³⁸⁶, los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, y los procesos de transición posdictadura, como la transición

¹³⁸⁴ S/2004/616, Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de la ONU,

¹³⁸⁵ Sabemos que eso remite al mismo problema metodológico de indicar cuáles son los casos seleccionados para figurar como hipótesis. La respuesta aquí es bastante evidente: como en una aproximación al método de snowball, se han elegido los casos que más aparecen en la literatura, incluso los que son indicados por organismos oficiales. Véase: BIERNACKI, P.; WALDORF, D. Snowball sampling: problems and techniques of chain referral sampling. *Sociological Methods & Research*, v. 10, n. 2, p. 141-163, 1981.

¹³⁸⁶ No nos vamos a prender en lo histórico de cada caso. A título ilustrativo, el Tribunal de Núremberg aparece en la literatura como: “estos retos encontraron unas primeras respuestas en un contexto de posguerra en el cual el Tribunal de Nuremberg se constituyó en un paradigma, no sólo para la construcción de un discurso contemporáneo en materia de derechos humanos, sino también para edificar las primeras bases de lo que posteriormente se conocería como la justicia en tiempos de transición”. GÓMEZ SANCHEZ, G. I. Justicia transicional “desde abajo”: un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana. *Co-Herencia*, v. 10, n. 19, p. 137-166, 2013. También: FLORES MUÑOZ, D. Análisis sociopolítico de los orígenes, desarrollos y modelos de la justicia transicional. *Revista Jurídica Mario Alario D’filippo*, v. 14, n. 27, p. 104-120, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3811>.

española, la de Sudáfrica (posteriormente detallada), la de Guatemala (1996)¹³⁸⁷, Brasil (1984, que será abordado más adelante), Colombia (2006), Argentina (1983), Chile (1990), Alemania Oriental (1992), Perú (2000), Timor Oriental (2000), Ghana (2001) y Canadá. Estos casos han sido ampliamente referidos en la literatura especializada como los principales ejemplos de justicia transicional más reciente. No obstante, siempre existen otros casos relevantes, cuya clasificación como procesos de transición dependerá del criterio adoptado.

Desde un análisis del derecho penal internacional, un estudio relevante para el espectro de sentido que asume la justicia transicional es el trabajo de Héctor Olásolo¹³⁸⁸. Su mirada contemporánea está correctamente permeada por la observación de los conflictos, incluso a nivel político-partidario, que implican disparidades en la concepción de lo que constituye justicia¹³⁸⁹.

Desafortunadamente, en los últimos años, en gran medida por influencia de las redes sociales, la polarización política ha vulgarizado algunos conceptos clave en el derecho penal internacional, como genocidio, exterminio, racismo o el propio ideal de fascismo¹³⁹⁰. En cierta medida, pensamos nosotros, condicionado por esa inevitable mirada política que cada proceso de cambio presupone internamente, Olásolo transfiere al concepto de justicia transicional las claves hermenéuticas de las diferencias entre posiciones (1) liberales, (2) socialdemócratas y (3) críticas¹³⁹¹. Aunque sea posible no

¹³⁸⁷ BOWEN, R. E. The weight of the continuous past: transitional (in)justice and impunity states in central americ. *Latin American Politics and Society*, v. 61, n. 1, p. 126-147, 2018. El proceso de Justicia de Transición en Guatemala. Tras un conflicto armado que duró de 1960 a 1996, Guatemala buscó maneras de abordar las violaciones de derechos humanos y los crímenes cometidos durante este período. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) fue creada como parte de los Acuerdos de Paz firmados en 1996, pero la eficacia fue poca. Véase: NYBERG, T. International commission against impunity in guatemala: a non-traditional transitional justice effort. *Revue Québécoise De Droit International*, v. 28, n. 1, p. 157-184, 2020.

¹³⁸⁸ OLÁSULO, H. *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos*. [s/l]: Tirant lo Blanch, 2017.

¹³⁸⁹ POGREBINSCHI, T. *Innovating Democracy?: The Means and Ends of Citizen Participation in Latin America* (Elements in Politics and Society in Latin America). Cambridge: Cambridge University Press, 2023. Disponible en: doi:10.1017/9781108690010.

¹³⁹⁰ La palabra ‘fascismo’ se ha transformado en una de las ‘naciones confusas’, en la nomenclatura de Perelman, es decir, una palabra que tiene significación amplia, muy descolocada de su sentido original. Ese tipo de uso del término, sin embargo, no es reciente. Véase este fragmento del ensayo, publicado por primera vez en 1946, de Orwell: “Many political words are similarly abuses. The word *Fascism* has now no meaning except in so far as it signifies ‘something not desirable’. The words *democracy*, *socialism*, *freedom*, *patriotic*, *realistic*, *justice*, have each of them several different meanings which cannot be reconciled with one another”. ORWELL, G. Politics and the English Language. In: *Why I write*. London: Penguin Books, 1984 (orig. 1946), p. 109.

¹³⁹¹ Conforme Olásolo, ¡los teóricos de la JT no están ni siquiera de acuerdo en cuanto a si el ámbito de aplicación de la misma debe limitarse a situaciones de transformación de regímenes autoritarios en sistemas democráticos, y de tránsito desde conflictos armados hacia la paz, o si, por el contrario, debe extender a los

compartir la clasificación del autor, no cabe duda de que sirve como referente teórico para una visión mucho más amplia que la ofrecida por los documentos de las Naciones Unidas sobre justicia transicional, los cuales, en su momento, serán aquí objeto de análisis¹³⁹².

Conforme a Olásolo, los autores de origen **liberal**¹³⁹³ conciben la justicia transicional como un “adecuado equilibrio” entre una justicia retributiva, que mira al pasado para “castigar penalmente a los responsables, declarar y ejecutar su responsabilidad civil y desarrollar programas de reparación individual de naturaleza patrimonial”¹³⁹⁴, y una justicia restaurativa, “su mirada puesta en un futuro común que ha de construirse a través del reconocimiento del sufrimiento padecido por las víctimas, su acompañamiento psico social, el reconocimiento de las responsabilidades, las solicitudes y otorgamientos de perdón, la reincorporación de los victimarios a la comunidades, y a las conmemoraciones para que lo sucedido no se vuelva a repetir”¹³⁹⁵.

La característica central de lo que el autor clasifica como “visión liberal” de la justicia transicional sería la restauración de derechos civiles y políticos sin intervenir en el ámbito social y económico. Estas transformaciones trascienden la idea de establecer una justicia, pues se prolongan en el tiempo. El sistema liberal habría sido el adoptado por América Latina y Europa en las décadas de 1970 y 1980, incluida la transición española, en la que se advierte una marcada diferencia entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, que son considerados meros “principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III del Título II de la Constitución de 1978).

La visión **socialdemócrata** se profundiza en la necesidad de que exista la “creación de condiciones para tener una paz sostenible”, lo que implica el desarrollo de lo que llamaríamos derechos de segunda generación, es decir, los derechos de bienestar. Ahí estarían autores como Arbour, Duttie, Roht Addison y Musila, apoyados en los trabajos de Piketty sobre concentración de riqueza, “resaltando la necesidad de instituciones políticas y fiscales que intervengan en la evolución económica histórica de

procesos en que, como en Colombia, se acuerde la paz entre algunos de los actores en conflicto, aunque este último perdure entre los demás actores armados. OLÁSOLO, H. *Derecho...* cit. p. 229.

¹³⁹² Son tantos los textos sobre ideas de justicia transicional que se hace obligado, para seguir un recorrido coherente, elegir uno de ellos y posteriormente contrastarlo. Ello no significa rechazo a todos los demás textos, muchos de ellos citados aquí, en pie de página, para los temas derivados del concepto de JT.

¹³⁹³ Serian Arthur (2009: 326), Dicklicht E Malik (2010-515), Little, LUndi e Mc Governe, Rubli y Waldorf, Conforme OLÁSOLO, H. *Derecho Internacional Penal...*, cit., p. 227.

¹³⁹⁴ OLÁSOLO, H. *Derecho Internacional Penal...*, cit., p. 228.

¹³⁹⁵ *Idem*, p. 227.

la distribución de riqueza” (p. 240). Así, la justicia distributiva sería parte obligatoriamente integrante de la justicia transicional. Olásolo, con su análisis político, encuentra varios matices distintos para las concepciones socialdemócratas de la justicia restaurativa, que aquí desbordarían el presente objetivo del análisis¹³⁹⁶.

La tercera corriente dentro de la justicia restaurativa sería la crítica. El autor pone de manifiesto, apoyándose en otros textos, que hay países desarrollados en los que “significativos porcentajes de la población continúan sin poder acceder a una vivienda digna”, o en los que sigue existiendo una profunda discriminación por género, etnicidad, orientación sexual, etc. Los recientes casos de justicia transicional en Canadá o Australia, frente a abusos contra poblaciones autóctonas, constituyen prueba inequívoca de esa necesidad de justicia que va mucho más allá del establecimiento de libertades individuales o de superficiales garantías¹³⁹⁷¹³⁹⁸. La perspectiva crítica es la de aquellos autores que claman por reformas estructurales para que pueda hablarse propiamente de transición. Entre otros ejemplos, Olásolo llega a mencionar el caso de Colombia, con su programa

¹³⁹⁶ Aunque aquí no se puede profundizar en el trabajo del autor, Braithwaite parece ser uno de los que conciben la justicia de transición como un mecanismo para garantizar condiciones de desarrollo, a partir de la educación y de una transformación radical en ciertos sistemas, como el sistema de justicia. Así, sostiene que “It is possible to transform the entire legal system to a more just one through a radical remake of the legal process according to the principles of restorative justice and responsive regulation” (p. 239). El problema, como se observa, es que el autor establece siempre una distinción entre los países ricos y los países pobres en lo que respecta a la necesidad de una paz interna. Véase, por ejemplo, la página 171 de la obra citada, donde, después de describir una situación de paz en Estados Unidos y Europa, señala que “Most of the world continues to live in a zone of violence where major political disputes continue to be settled through the force of arms.” BRAITHWAITE, J. *Restorative Justice & Responsive regulation*, NY: Oxford University Press, 2002.

¹³⁹⁷ En Canadá se ha pensado en un genocidio cultural. Se habla de más de 6000 niños muertos, en el Acuerdo de Conciliación de Escuelas Residenciales Indias (IRSSA). Hubo una Comisión de la Verdad (Truth and Reconciliation Commission – TCR), que operó desde 2008 hasta 2015. En 2017, Justin Trudeau llegó a pedir disculpas específicamente a los sobrevivientes de las escuelas residenciales en Terranova (Newfoundland) y Labrador, una región que había sido excluida del acuerdo de compensación y de las disculpas formales anteriores emitidas en 2008 por el entonces primer ministro Stephen Harper. La petición de perdón de Trudeau a los sobrevivientes de Terranova y Labrador reconocieron los sufrimientos y abusos que enfrentaron los niños indígenas en esas instituciones, destacando el compromiso del gobierno con la reconciliación y la reparación del daño. Sobre la forma como la TCR ha seguido recomendaciones internacionales de justicia transicional, véase: GAWERC, M. I. Truth commissions in the established democracies of the global north: theoretical and practical perspectives. *Sociology Compass*, v. 18, n. 2, 2024. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/soc4.13183>. También: GUEMATCHA, E. Genocide against indigenous peoples: the experiences of the truth commissions of Canada and Guatemala. *International Indigenous Policy Journal*, v. 10, n. 2, p. 1-23, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.18584/iipj.2019.10.2.6>. Análisis de los poderes involucrados en la reconciliación de Canadá aparece, una vez más, en: NAGY, R. Can Reconciliation be Compelled?. *Transnational Advocacy and the Indigenous-Canada Relationship*” *Peace and Change: A Journal of Peace Research*, v. 42, n. 3, p. 313–341, 2017.

¹³⁹⁸ <https://nctr.ca/about/history-of-the-truth-and-reconciliation-commission-of-canada/#:~:text=The%20Truth%20and%20Reconciliation%20Commission,government%20and%20the%20church%20bodies.> Pero, preferencialmente: <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1450124405592/1529106060525> or <https://nctr.ca/records/reports/>

de desarrollo de la Reforma Rural Integral y la reubicación de personas en situación de desplazamiento, un punto al que retomaremos enseguida.

No deja de ser interesante el intento de clasificar las diversas visiones de autores acerca de lo que sería la justicia de transición. La bibliografía sobre el tema hoy es muy amplia, lo que permite que las consideraciones sobre el tenor conceptual de la justicia transicional sean variadas y, debido a las grandes diferencias que permite el lenguaje, resulta útil el esfuerzo de agrupar las posiciones. Si se reflexiona bien, en el concepto caben todas las consideraciones acerca de lo que es justo en la sociedad contemporánea, lo que, a su vez, conduce casi forzosamente a la división entre las posiciones políticas más arraigadas en la sociedad: liberales, socialdemócratas y socialistas. En el texto de referencia, estos últimos fueron denominados ‘críticos’, quizá en un reflejo de cómo ya se autodenominó la Escuela de Frankfurt en su momento. Ahí podría radicar el principal escollo conceptual: intentar incorporar dentro de la justicia para la superación de un conflicto una dimensión que solo debería restringirse a la división entre punición y reparación de hechos específicos del pasado, convirtiéndola en una oportunidad para la transformación social futura. Es decir, una postura que, en el sentido más técnico del vocablo, representa una posición política de transformación radical de la realidad económica con miras al futuro.

En una breve toma de posición, parece más razonada la visión liberal de justicia transicional, aunque por razones algo distintas a la crítica e interpretación que formula dicho Olásolo, cuya clasificación aquí se ha adoptado. El centro gravitacional de la postura aquí adoptada no radica, sin embargo, en una disensión con las concepciones socialdemócrata y crítica, sino en los límites de la intervención de la justicia. Esto significa que el momento de transición y su naturaleza requieren establecer libertades nucleares vinculadas a la posibilidad de desarrollo de la personalidad. La igualdad efectiva de condiciones y el acceso a situaciones económicas equilibradas son derechos que deben garantizarse, pero no tienen cabida inmediata en el poder judicial de transición. Es decir, las medidas de equilibrio económico forman parte de la transición y de un plano ideal de justicia, pero su judicialización absoluta en momentos de búsqueda de estabilidad es imposible. Alcanzarla exige más tiempo y está vinculada o, mejor dicho, subordinada a la llamada ‘reserva de lo posible’ (*Vorbehalt des Möglichen*)¹³⁹⁹.

¹³⁹⁹ Libro básico sobre el tema: MUNARETTO, L. *Der vorbehalt des möglichen*, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.1628/978-3-16-161745-4>. Tiene origen en 1972, en la sentencia del Tribunal

En ese sentido, la posición aquí adoptada no implica dejar de considerar la necesidad de cambios sociales para una verdadera transformación que permita el progreso de la sociedad. En última instancia, esos cambios resultan imprescindibles como garantía de no repetición en sentido lato, pues, en ausencia de reformas de base social, cualquier tipo de cambio carecería de estabilidad, y las diferencias estructurales podrían generar conflictos aún más graves a medio plazo, como bien ilustra el Tratado de Versailles.

La postura de que la transición debe caracterizarse por una justicia restaurativa nuclear no resta importancia a las reformas sociales. En suma, si observamos los principales casos de justicia transicional en Latinoamérica, pocos han ido más allá del establecimiento de libertades individuales (democráticas) y de la sanción de violadores de derechos humanos, ya sea en contextos de represión estatal o, en ocasiones, de guerrilla. La ausencia de un acceso efectivo a cambios económicos, como en los casos de Argentina, Brasil o incluso Colombia, no descalifica el hecho de que haya existido una transición.

Cabe esperar, por otro lado, que una sociedad sometida a un proceso de superación de violaciones de derechos humanos se encamine hacia la prosperidad y la igualdad efectiva, como parece haber ocurrido en España desde los inicios de la década de 1980 hasta la actualidad. Sin embargo, todas las reformas y transformaciones sociales no pueden atribuirse exclusivamente a la denominada justicia transicional, sino a un proceso de construcción progresiva que trasciende la idea de una justicia momentánea¹⁴⁰⁰.

Constitucional Alemán (BverGE 33,303). La jurisprudencia brasileña no consigue aportar definiciones suficientes al respecto, diciendo algunas veces que la teoría se aplica, otras veces que no. Véase, rechazando el principio “Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004). Al revés, en la mismísima corte, aplicando el principio: “Para além disso, sua efetiva realização (de direitos sociais) apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada ‘reserva do possível’. Pois a ‘reserva do possível’, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada (STF: RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015)

¹⁴⁰⁰ Evidentemente, se puede pensar que el papel de la transición sea la de establecer justicia social, sin la cual no hay transición y no hay justicia. En ese sentido, la justicia de transición como justicia social puede existir, pero la locución pierde todo su cariz funcional, una vez que no puede remitir directamente a los procesos históricos

El caso más delicado y, a la vez, más representativo para este capítulo es el de Sudáfrica¹⁴⁰¹. Muy al contrario de Nagy¹⁴⁰², aquí se sostiene que la justicia transicional sí se ha experimentado en aquella nación, que ha logrado aplicar el perdón a pesar del mantenimiento de una profunda situación de racismo y de división socioeconómica que aún perdura entre blancos y negros, con una intensidad mayor que en otros países. Esto significa que, si se esperara a que la situación de racismo efectivo se revirtiera por completo para poder calificar las medidas adoptadas tras el fin del régimen oficial del *apartheid* como justicia transicional, seguiríamos hasta hoy en un proceso de transformación bajo los tribunales, lo que implicaría una judicialización de todas las relaciones sociales durante décadas.

El hecho de que exista una amnistía general, como en el caso brasileño, responde a una decisión condicionada por factores históricos¹⁴⁰³. En realidad, este es el criterio que nos lleva a analizar en este capítulo, con especial atención, los casos de Brasil, Sudáfrica y Colombia, pues constituyen paradigmas a partir de esta distinción y pueden ayudarnos a comprender los límites de la intervención estatal, los cuales pueden trasladarse a la figura penal que estudiamos en esta monografía.

Así se justifica la visión reducida, que aquí se adopta, de la función de la justicia transicional, la cual debe considerarse en su núcleo esencial. De ello derivamos algunas características. En primer lugar, el eje central de la justicia de transición es el reconocimiento de que se trata de una situación tan excepcional que requiere la creación de reglas *ad hoc* para su superación, entre las cuales se encuentran la reconstrucción narrativa de los hechos, el perdón efectivo y algunas garantías. Por otra parte, dicha reconstrucción, el perdón y la restauración gravitan en torno a un núcleo central de justicia penal, es decir, la *justicia* parece ser, en última instancia, sancionatoria.

Una de las fórmulas para resolver el problema conceptual, según lo que aquí se sostiene, sería aproximar la justicia de transición a la justicia penal. Esto significa que el objetivo esencial de este tipo de justicia es, en términos nucleares, identificar a los responsables y aplicar las sanciones penales a sus abusos, aunque, una vez más, con notas

¹⁴⁰¹ Véase, adelante, 7.5.2

¹⁴⁰² NAGY, R. Violence, Amnesty and Transitional Law: 'Private' Acts and 'Public' Truth in South Africa. *African Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 1-22, 2004; NAGY, R. Reconciliation in Post-Commission South Africa: Thick and Thin Accounts of Solidarity. *Canadian Journal of Political Science*, v. 35, n. 2, p. 323-346, 2002.

¹⁴⁰³ Véase, adelante, 7.5.1

de excepcionalidad. Siguiendo esta lógica, quedarían fuera del ámbito de la justicia transicional dos realidades: aquellas en las que existe una amnistía amplia, como en los casos de Brasil y Sudáfrica, y aquellas en las que no se ha producido una transformación total de la realidad política, como en los casos de Australia y Canadá.

7.4 El informe de las Naciones Unidas: hipervaloración de la sanción penal

Las Naciones Unidas, en el año 2004, publicaron un importante documento sobre la justicia transicional que constituye un gran referente para encontrar elementos prácticos y conceptuales sobre el tema¹⁴⁰⁴¹⁴⁰⁵. Se trata del informe del Secretario General del Consejo de Seguridad (S/2004/616), el cual ya alcanza dos décadas de existencia.

El paso del tiempo no es un factor irrelevante para la interpretación del documento. El propio informe es explícito al valorar la experiencia como un proceso dinámico de aprendizaje sobre las necesidades de los procesos de paz, como lo reflejan las “difíciles lecciones, aprendidas a partir de décadas de experiencia de las Naciones Unidas sobre el tema”¹⁴⁰⁶. De ahí, naturalmente, que el documento no contemple la experiencia, por ejemplo, de la transición colombiana en particular¹⁴⁰⁷, ni de la chilena o de gran parte de la brasileña. Esto puede suscitar la cuestión de si la posición de ese órgano internacional ha cambiado con el transcurso de dos décadas.

No obstante, la ausencia de otro documento que establezca una postura contraria, además de la existencia de otros textos vinculados a la aplicación del derecho penal,

¹⁴⁰⁴ Los documentos más actualizados de las Naciones Unidas sobre justicia transicional se pueden consultar en <https://www.ohchr.org/es/transitional-justice>.

¹⁴⁰⁵ Autores importantes adoptan directamente el concepto, a ejemplo de AMBOS, K. El marco jurídico de la transición. In: *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 24.

¹⁴⁰⁶ Se trata del párrafo 24 del documento. El demuestra, también, que es necesaria la interacción entre todos los procesos de fortalecimiento del Estado, so pena de no haber justicia real. “These are hard-learned lessons, drawn from decades of United Nations experience on the ground. For example, international efforts have sometimes focused on re-establishing police services, while paying scant attention to other justice sector components, such as legislative work, crime prevention, judicial development, legal education, prison reform, prosecutorial capacity, victim protection and support, civil society support, citizenship and identification regulation, and property dispute resolution. Yet all of these are essential to the rule of law and all are interdependent. Neglect of one inevitably leads to the weakening of the others.”

¹⁴⁰⁷ El párrafo 31 del Informe hace alguna referencia al país sudamericano, pero solamente como instauración de “independent national human rights commission”, que, claro, es germen de todo el acuerdo que allá sigue hasta hoy. En 2009, el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, del 06 de agosto, hará referencia a la justicia y paz colombiana (par. 17). Pero es relevante notar como hace hincapié en los 3.637 enjuiciados entre los “miembros desmovilizados de los grupos armados ilegales” (par. 27), algo sobre la reparación (par. 35) y nada sobre perdón.

permite sostener que difícilmente haya habido un cambio esencial en los conceptos sobre justicia transicional. Adelantándonos a lo que se expondrá más adelante, se puede afirmar que la ONU, con escasas concesiones, concibe la sanción penal como el eje en torno al cual gravitan los demás elementos de la justicia transicional¹⁴⁰⁸. Y, anticipando aún más, es posible advertir que, como era previsible, los objetivos y herramientas de este tipo de justicia han experimentado grandes cambios en estos años.

En su dimensión conceptual, el informe, si bien no llega a abordar directamente el problema de la posibilidad de adjetivar la justicia, establece una distinción entre ‘justicia’ y ‘justicia de transición’. A la primera le atribuye dos ideas fundamentales: en primer lugar, la concibe como un ideal utópico de responsabilidad en la protección y reclamación de los derechos¹⁴⁰⁹; y, en segundo lugar, finaliza la frase con “el castigo de las infracciones”, lo que dice mucho en términos del ideal del derecho penal. En la frase siguiente, también resulta sintomático que afirme, como primer elemento, que la justicia “implica tener en cuenta los derechos del acusado”, lo que refleja —se puede decir, con algún atrevimiento, que de manera *inconsciente*— una concepción de la acusación como eje central de la justicia. O, lo que equivale casi a lo mismo, que al referirse a la justicia en primer plano, está considerando, de manera predominante, la justicia penal¹⁴¹⁰.

El párrafo siguiente (8) introduce la noción de justicia transicional, la cual “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de abusos en gran escala”, con la finalidad de que los responsables, como recoge la traducción oficial al castellano, “rindan cuentas de sus actos, sirvan a la justicia y logren la reconciliación”¹⁴¹¹. La definición carece de sentido

¹⁴⁰⁸ Para un Histórico de la Paz en Colombia, véase: SERRANO, O.; JIMÉNEZ, E. Reflexión sobre los componentes judiciales de los procesos de paz con el m-19 y las farc-ep. *Revista Temas*, n. 10, p. 197, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.15332/rt.v0i10.1617>.

¹⁴⁰⁹ 7. For the United Nations, “justice” is an ideal of accountability and fairness in the protection and vindication of rights and the prevention and punishment of wrongs. Justice implies regard for the rights of the accused, for the interests of victims and for the well-being of society at large

¹⁴¹⁰ En Colombia es el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 por el cual se adoptan medidas transitorias para la consecución de una paz sostenible y duradera: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNR): El Sistema integral estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y no Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición”.

¹⁴¹¹ La traducción oficial al castellano parece presentar un problema de construcción de frase (en el uso del infinitivo) en ese punto específico, pero la gramática normativa no es lo esencial. El error deriva, según la opinión aquí sostenida, de la inclusión de la oración “los responsables rindan cuentas de sus actos”. Al personalizarse (“los responsables”) lo que debería ser solo una locución, se altera ligeramente el sentido más genérico de “*ensure accountability*” en el original. La ‘rendición de cuentas’ de la versión castellana presenta una carga semántica que no parece autorizada por el texto original.

en cierta medida, de acuerdo con la perspectiva aquí adoptada, porque incurre en una petición de principio evidente: la “justicia transicional” existe para “servir a la justicia” (*in order to serve justice*), lo que implica que la justicia es una forma de servirse a sí misma. O bien, para eliminar esta fragmentación lógica, habría que entender la justicia transicional únicamente como un proceso al servicio de una justicia en sentido propio¹⁴¹². Esto significaría que la justicia transicional es adjetiva, instrumental respecto de una justicia sustantiva.

El problema de concebir la justicia transicional exclusivamente como un instrumento es que vacía la locución de cualquier contenido material, especialmente teleológico. No obstante, como se verá en documentos posteriores, se asume que existe una clase de justicia que adopta un sentido estricto, es decir, la justicia punitiva. Una sensación de estabilidad que solo una *sanción-castigo* es capaz de establecer, lo que nos remite a la inagotable cuestión de cuál es la función de la pena o, en este caso, cuál sería la función de la pena tal como la concibieron las Naciones Unidas en el momento de definir la justicia transicional¹⁴¹³.

Sin enunciar más que esta definición de justicia transicional, el camino que queda es recopilar lo que se entiende como sus finalidades. Y el cuerpo del informe del Secretario General del Consejo de Seguridad muestra, al menos, dos puntos clave:

En primer lugar, aunque atribuya a la “comunidad internacional” la fórmula de transición que hace “hincapié en los juicios penales” (25)¹⁴¹⁴, la concepción de justicia del documento se estructura, de igual modo, en torno a un núcleo de punición. La reparación de las víctimas, las garantías de establecimiento del nuevo Estado, las reformas institucionales u otras medidas para, en palabras del propio texto, implementar las

¹⁴¹² Silva Sánchez prefiere referirse a las “dimensiones punitivas” de la justicia transicional y afirma que, aunque existan diferencias entre sus diversos tipos, “sus objetivos son bastante constantes (...) recuperar la paz pública – lograr la reconciliación nacional – con el menor sacrificio posible de la juridicidad”. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Derecho Penal: parte general...* cit. (2025), p. 165.

¹⁴¹³ Eso se repetirá en el pacto de La Habana. Cuando se habla en Verdad, Justicia, Reparación y garantía de no repetición. La Justicia será solamente la cuarta parte de la justicia transicional, o, al menos, será contingente y contenido a la vez, lo que no es admisible. De todos modos, parece muy desmentida la idea de arrepentimiento que aparece en los documentos de la ONU sobre el tema. Ella no tiene idea de perdonar a arrepentidos. Fuera así, daría la oportunidad de arrepentimiento a aquellos que están en justicia de transición, que aparece con más razón en estos casos.

¹⁴¹⁴ 25 In other cases, the international community has rushed to prescribe a particular formula for transitional justice, emphasizing either criminal prosecutions or truth-telling, without first affording victims and national constituencies the opportunity to consider and decide on the proper balance.

“estrategias holísticas” (26) de justicia quedan relegadas a un segundo plano cuando el documento aborda su elemento central: los tribunales penales.

Habría mucho que comentar sobre la afirmación de “*Los procesos penales son importantes en el contexto de la transición. Promueven la disuasión y constituyen una denuncia pública de las conductas delictivas*”, como si todas las demás medidas fueran simples satélites que orbitan en torno a la pena tradicional. Además, no hace falta un gran esfuerzo argumentativo para advertir que, con esta formulación, las Naciones Unidas destacan la pena como mecanismo de prevención negativa, como intimidación y ejemplaridad, lo que parece alejado de un discurso basado en el sentido común, en el que la consolidación de la paz trasciende la necesidad de venganza. Especialmente, como se analizará más adelante, cuando los Estados en cuestión han alcanzado una estabilidad reciente y, por tanto, frágil, en la que la imposición de castigos a grupos desplazados del poder político puede generar reacciones futuras que amenacen el ideal de paz duradera y de no repetición de abusos. En otras palabras, aunque las Naciones Unidas propugnen la construcción y estabilización del ordenamiento jurídico en los países en transición política, los mecanismos de refuerzo del ordenamiento jurídico no constituyen la prioridad cuando se trata de derecho transicional.

En segundo lugar, el **perdón incondicionado** a los delincuentes no es una alternativa. El párrafo 18 demuestra que ni siquiera se plantea la posibilidad de reinserción en la sociedad¹⁴¹⁵. Así, la protección frente a represalias ilegítimas y la opción de reinserción se reservan únicamente a los elementos no criminales de los regímenes anteriores. Interpretado *contrario sensu*, al no existir oportunidad de reinserción para los criminales, desaparece cualquier posibilidad de perdón. El perdón no constituye el núcleo de la justicia transicional según la concepción de las Naciones Unidas.

Si se considera el contexto de las Naciones Unidas como una tendencia unificada —lo que, al menos, responde al propósito de cohesión entre las políticas de sus distintos organismos—, cabe añadirle una *inclinación punitivista*. Los documentos que sustentan esta afirmación están dispersos en los numerosos rechazos a coaliciones sin castigo en los procesos de paz, especialmente en aquellos que abordan abusos cometidos por dictaduras inspiradas en posiciones políticas más conservadoras.

¹⁴¹⁵ ‘Support for reform must be cultivated among all groups in society, including elites, ex-combatants and (non-criminal) elements of former regimes, all of whom must be reassured that they will be protected from unlawful or unfair retribution and offered a real chance at reintegration into their society’.

7.5 Casos paradigmáticos de transición: las composiciones

Como ya se ha afirmado, los casos de justicia transicional son numerosos en todo el mundo y existen desde mucho antes de que ese término apareciera en la doctrina de la política y el derecho internacional. En este texto, sin embargo, nos centramos en los casos más contemporáneos, que son los que mejor ilustran el giro hacia una justicia premial y negociada, con la aparición de la verdad y las garantías de no repetición, las cuales siguen inspirando, hasta el día de hoy, los valores aplicables a la delación premiada.

Bajo este primer criterio de contemporaneidad y, en segundo lugar, con base en los valores esenciales de composición y, principalmente, del perdón en una nueva justicia, aunque no coincida materialmente con la posición de las Naciones Unidas, seleccionamos tres casos paradigmáticos que se presentan en escala. Primero, el caso de Brasil, que resolvió su transición mediante un perdón absoluto, incorporado en la Constitución transicional; segundo, la transición de Sudáfrica, que superó el régimen del *apartheid* e inauguró una serie de medidas para recomponer el tejido social y propiciar el perdón; y, por último, el caso colombiano, que dispuso de más tiempo para desarrollar un sistema judicial basado en conceptos jurídicos sólidos y planificado para la implementación de medidas penales y sociales a largo plazo.

No se analizan aquí los casos paradigmáticos de Argentina y Uruguay, aunque se mencionen como ejemplos divididos en fases de menor y mayor aplicación de medidas revisionistas por parte del Estado¹⁴¹⁶¹⁴¹⁷. Los tres casos elegidos ilustran conclusiones

¹⁴¹⁶ Un resumen de los marcos legislativos de Argentina se encuentra en Rugeles y Martínez “En 1983, antes de dejar el poder, la Junta Militar expidió una ley de auto-amnistía denominada “Ley de Pacificación Nacional”, la cual abarcaba los crímenes cometidos desde mayo 25 de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Sin embargo, el 27 de diciembre de 1983 esta ley fue revocada al ser declarada inconstitucional y nula. Posteriormente, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, se expidieron dos leyes que en sus efectos otorgaron amnistía para los crímenes cometidos durante la lucha contra el terrorismo por miembros de la Fuerza Pública. La “Ley de Punto Final”, expedida en 1986, cerró la posibilidad de llevar a juicio a los responsables de cometer conductas violatorias de derechos humanos durante el gobierno de la Junta Militar que no habían sido enjuiciados hasta ese momento. Por otro lado, la “Ley de Obediencia Debida” estableció una presunción de derecho que eximía de responsabilidad penal a todos aquellos oficiales que hubiesen cometido un crimen en cumplimiento de la orden de un superior. Esta norma, promulgada en 1987, consagraba en su artículo 1.º que los crímenes cometidos por estos oficiales se habían llevado a cabo como consecuencia de una coacción, en subordinación a una autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin posibilidad de resistir o rehusarse a seguirlas y sin poder examinar su legalidad”. MATEUS RUGELES, A.; MARTÍNEZ VARGAS, J.-R. Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional. *Estud. Socio-Juríd*, Bogotá, v. 11, n. 2, 2009.

¹⁴¹⁷ Berdugo Gómez de la Torre destaca el papel fundamental de la justicia transicional en Argentina, especialmente porque, en la causa 13/84, se inauguró la aplicación de la doctrina de Roxin, por la cual se confirma la “responsabilidad de los comandantes como autores mediatos por el dominio de un aparato de

diferentes sobre lo que deben ser los fundamentos de la justicia transicional en la actualidad, además de permitir trazar una línea evolutiva. Si estos casos pueden ser utilizados como referencia en los procesos de perdón a través de la delación es una cuestión que solo podrá resolverse al final.

7.5.1 El caso de Brasil: perdón constitucional y los reproches de la CoIDH

Brasil tuvo su última dictadura militar entre los años 1964 y 1984. Siguió, dentro de lo que hoy se reconoce como el llamado Plan Cóndor, un guion común a tantos otros países de Latinoamérica: toma del poder por parte del Estado, disolución del Congreso, prisiones arbitrarias, reducción de garantías judiciales, asesinatos y torturas. La justificación principal, como es bien sabido, era acabar con la amenaza comunista en el país¹⁴¹⁸. Para el presente estudio, tal vez sea relevante señalar que, durante esos 20 años de dictadura, la hoy ultrademocrática Naciones Unidas no reprochó directamente al régimen brasileño.

El punto álgido de la dictadura en Brasil ocurrió en 1968, con el *Ato Institucional* n° 5 (AI-5), que redujo drásticamente las libertades individuales, además de fomentar la tortura. Durante esos años, grupos de oposición al régimen, de diversas denominaciones, también llevaron a cabo acciones terroristas, muchas de ellas impactantes, aunque, en términos de magnitud, fueron mucho menos graves que en otros países contemporáneos. La *Comissão da Verdade*, creada en 2011 y cuyo informe final se divulgó en 2014, documenta 434 muertos y desaparecidos en Brasil¹⁴¹⁹.

poder”, que se ha convertido en un principio fundamental del derecho internacional. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., La Justicia Transicional: Todo empezó en Argentina. In: GÓMEZ TOMILLO, M.; *et al.* (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025, p. 98

¹⁴¹⁸ Oficialmente, el plan Condor involucró a dictaduras en seis países: Brasil, Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay. Véase: LESSA, F. Operation Condor on Trial: Justice for Transnational Human Rights Crimes in South America. *Journal of Latin American Studies* 51, n. 2, 2019, p. 412.

¹⁴¹⁹ El profesor Berdugo Gómez de la Torre hace una excelente exposición de cuales fueron los instrumentos legales para mantener las dictaduras en las dictaduras de Latinoamérica. El análisis del caso brasileño es allá, muy detallado. Ponemos de realce el instrumento de lo que el autor determina las ‘depuraciones’, al lado de otras medidas de cariz legal y, en la ilegalidad, los asesinatos y torturas “La depuración es otro instrumento al que con frecuencia recurrieron en este primer periodo los gobiernos militares. En el caso de Brasil, pese a que como se ha expuesto se mantienen formalmente estructuras propias de gobiernos no dictatoriales, realiza una muy importante depuración, en el primer año se expidieron 3.535 medidas punitivas, fueron expulsados del ejército 122 oficiales, más tarde se privó de los derechos políticos a los expresidentes Kubitschek y Goulart y se actuó represivamente sobre distintas instituciones. Depuraciones que también se llevaron a cabo en los otros tres países, baste recordar el contenido de las primeras medidas adoptadas en Chile, Argentina y Uruguay”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. El conjunto normativo

Los trámites finales de la dictadura encontraron un paralelo con el proceso de apertura democrática en España. El último presidente militar brasileño, João Figueiredo, asumió el gobierno en 1978 prometiendo el fin del régimen y, en 1979, promulgó la ley 6.683, que “concede anistia e dá outras providências”. Su primer artículo era claro al enunciar que: “*É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.*” El párrafo tercero de ese mismo diploma legislativo, sin embargo, establecía las excepciones, que incluían los delitos de “terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal” ¹⁴²⁰. El texto de la ley se publicó tras un veto presidencial, con el propósito de dejar claro que el perdón solo podía alcanzar delitos con motivación política.

Pero la amnistía plantea pormenores jurídicos que deben analizarse con mayor detenimiento para comprender la posición final de los organismos internacionales al respecto. Al finalizar el régimen militar, con la elección indirecta del presidente civil José Sarney, se convocaron elecciones para el Congreso Constituyente, celebradas en noviembre de 1986. En ese momento, en el marco de la Asamblea Constituyente, el tema de la amnistía fue debatido, con la incorporación —como era natural en el contexto posamnistía— de diputados que habían sido víctimas de la revocación de sus mandatos o incluso de torturas por parte de los órganos de represión.

De ese debate surgió el mandato, obligatorio en el contexto del naciente neoconstitucionalismo que allí se gestaba, según el cual la amnistía no puede concederse para delitos graves, incluidas la tortura y, por motivaciones aparentemente distintas, el

de las Dictaduras de los años 1970 y la justicia de Transición. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 959.

¹⁴²⁰ El vocablo ‘assalto’ en Brasil no tiene conformación jurídico-penal, sino propiamente militar, como en castellano. Sin embargo, en lenguaje coloquial es utilizado en lugar de ‘robo’, especialmente cuando cometido con armas. La ley de amnistía claramente la utiliza en ese sentido no-técnico.

narcotráfico¹⁴²¹¹⁴²². Sin embargo, al mismo tiempo que inscribía tal proscripción, el poder constituyente democrático dejó constancia en el propio texto de los Actos de las Disposiciones Transitorias, que integran la Constitución, de la expresa amnistía a todos los hechos de motivación política pasados, incluyendo una extensa serie de disposiciones sobre la reincorporación y compensaciones para los funcionarios que hubieran visto cancelados sus derechos. Con esta doble disposición, cabían dos interpretaciones: o bien el fragmento específico que reafirmaba la amnistía a hechos pasados se consideraba un caso de inconstitucionalidad dentro del propio texto constitucional, o bien el dispositivo de prohibición de beneficios se entendía como aplicable únicamente a casos futuros.¹⁴²³¹⁴²⁴.

Fue una consecuencia natural que, con el paso del tiempo y la consolidación del régimen democrático, se cuestionaran los términos de la amnistía, en especial respecto de los delitos perpetrados por los agentes del Estado. Así, la Suprema Corte de Brasil, en el año 2010¹⁴²⁵, se vio obligada a pronunciarse sobre el caso y, sin lograr unanimidad (siete votos a dos), decidió que la Ley de Amnistía seguía vigente. Entre sus argumentos, se encontraba el hecho de que dicha ley era anterior a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, promulgada en diciembre de 1984. Pero, sobre todo, se argumentó que: *“anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a (re)instaurou em seu ato originário (...) a reafirmação da anistia da lei de 1976 está*

¹⁴²¹ La proscripción de amnistía a delitos de narcotráfico evidentemente atiende a un contexto de *war on drugs*. El juicio sobre la concesión del perdón, aunque limitado, a ese delito es tema que generaría mucho debate, pero la negativa absoluta de posibilidad por el poder Constituyente tiene que ser comprendida contextualmente. Él hecho impide que, a día de hoy, pueda haber cualquier tipo de indulto a ese tipo de delito, ya que la ley mayor menta “anistia ou graça”. Obviamente, de ahí se puede cuestionar la constitucionalidad de la delación premiada en esos delitos.

¹⁴²² Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

¹⁴²³ ADCT: Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

¹⁴²⁴ En la interpretación que aquí se concede, es muy claro que la proscripción no podía retrotraerse, una vez que el artículo aclara desde el inicio su condición futura: “la ley considerará delitos no susceptibles de amnistía”.

¹⁴²⁵ ADPF 153/DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental”¹⁴²⁶. Pese a ello, el último dispositivo de la sentencia fue claro al afirmar la necesidad de abrir camino al conocimiento de “lo que ha pasado en Brasil durante las décadas sombrías de la dictadura”¹⁴²⁷. Así, al año siguiente, la legislación brasileña dio lugar a la creación de la ya mencionada *Comissão Nacional da Verdade*¹⁴²⁸, que produjo informes relevantes¹⁴²⁹ para la historia nacional, pero sin la posibilidad de establecer sanciones. Aunque hubo colaboración de las fuerzas armadas en las diligencias de investigación, estas se negaron a reconocer oficialmente su responsabilidad en las violaciones de derechos humanos¹⁴³⁰.

Con todo, la responsabilidad del Estado brasileño alcanzó la justicia transnacional, específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). En primer lugar, en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*¹⁴³¹, en el cual se investigaba la acción masiva de militares contra un posible foco de guerrilla en la región central del país (Río Araguaia). Allí, a pesar de la respuesta oficial a la Corte¹⁴³², los magistrados internacionales concluyeron que Brasil debía identificar a los autores

¹⁴²⁶ Folio 03 del resumen del fallo (ementa).

¹⁴²⁷ El ítem 10 de la ementa: “Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura”.

¹⁴²⁸ Lei nº 12.528/2011.

¹⁴²⁹ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Diligência no Doi-Codi do RJ: Visita ao Pelotão de Investigações Criminais (PIC)*. [s/l]: CNV, 2014. 1 vídeo (51 min). Disponible em: https://www.youtube.com/watch?v=jaEOKCI1fNs&list=PL9n0M0Ixl2jdJF8oGqSyEiMqjFAZyuGxt&ab_channel=Comiss%C3%A3oNacionaldaVerdade

¹⁴³⁰ La comisión de la verdad utilizaba del Derecho Administrativo Sancionador para intentar conseguir que los Ejércitos apuramse en la responsabilidad de las instituciones y de sus miembros en las torturas, como se puede leer en el Oficio 124/2014 CNV, de 18 de febrero de 2014, que pedía al ministro de Defesa resultado de apuraciones de procedimientos administrativos militares. Los oficios fueron respondidos por los Ejércitos y enviados en destaque por el Ministro a la comisión, por el Oficio 10944, que destaca, entre otras respuestas, la de la Marina, afirmando que “não foram encontrados indícios nem provas documentais ou materiais que permitam confirmar ou negar as informações apresentadas pela Comissão Nacional da Verdade (...) sobre a ocorrência de graves violações de Direitos Humanos”. El Ejército de Tierra ha preferido contestar que “não lhe é pertinente manifestar-se a respeito dos atos formais e de outras decisões tomadas pelo Estado brasileiro ou, ainda, opinar sobre situações já definidas pelo ordenamento jurídico vigente” Documentos disponibles en la internet oficial de la comisión de la verdad em COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Diligência no Doi-Codi do RJ...*, cit.

¹⁴³¹ “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

¹⁴³² Párrafo 255 de la Sentencia. “255. O Estado não se pronunciou particularmente a respeito da investigação dos fatos e limitou-se a destacar que a análise da Lei de Anistia não pode separar-se do tempo em que a referida lei foi elaborada, nem do fundamento em que se encontra assentada. Por outro lado, lembrou que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 considerou legítima integralmente a Lei de Anistia, em vista do novo ordenamento constitucional”.

materiales e intelectuales de las desapariciones forzadas y ejecuciones de las víctimas. Además, indicaron que, “*por tratarse de violaciones graves a derechos humanos, en consideración de la naturaleza de los hechos y del carácter continuado o permanente de la desaparición forzada, el Estado no podrá aplicar la Ley de Amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación*”. De este modo, se determinó que Brasil debía dejar de aplicar su perdón transicional, sin importar que estuviera inscrito en la Constitución. Para el presente análisis específico, cabe destacar que, en este fallo, la Corte, que en teoría es un órgano de la OEA y no de la ONU, utilizó diversos documentos de esta última para fundamentar el rechazo a la impunidad, incluso en acuerdos bilaterales relacionados con la transición hacia la paz y la democracia¹⁴³³¹⁴³⁴.

En un segundo caso, la Corte Interamericana fue más allá. Se trata del caso Wladimir Herzog, un reconocido periodista de la televisión pública de São Paulo y militante del Partido Comunista. Detenido en 1975 por soldados de la represión, fue ejecutado en un edificio del ejército. Su muerte se presentó oficialmente como un “suicidio en la celda”, pero jamás se investigó. En enero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Brasil por negarse a esclarecer el caso y sancionar a los responsables, señalando, una vez más, que los estándares internacionales no permiten la amnistía para crímenes de lesa humanidad¹⁴³⁵. Además, la condena en este caso obliga a Brasil a adoptar medidas para garantizar “que se reconozca, sin excepción, la

¹⁴³³ “Sentença caso do Araguaia: 143. A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e “um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição” Cf. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Impunidade. Resolução 2005/81, 61º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005. En el mismo sentido, véase: COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Impunidade. *Resoluções: 2004/72, 60º período de sessões*, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2004/72, de 21 de abril de 2004; 2003/72, 59º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2003/72, de 25 de abril de 2003; 2002/79, 58º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2002/79, de 25 de abril de 2002; 2001/70, 57º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2001/70, de 25 de abril de 2001; 2000/68, 56º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/68, de 27 de abril de 2000, e 1999/34, 55º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/34, de 26 de abril de 1999.

¹⁴³⁴ No corresponde, aquí, aportar una visión *inside out*, aunque realista, sobre como

¹⁴³⁵ Fragmento de la Sentencia “113. Vladimir Herzog nasceu em 27 de maio de 1937, na antiga Iugoslávia (atual Croácia) e chegou ao Brasil em 1946, aos nove anos de idade, junto com os pais, Zigmund e Zora Herzog. Naturalizou-se brasileiro e estudou na Faculdade de Filosofia. Iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal “O Estado de São Paulo”. Casou-se com Clarice Ribeiro Chaves pouco antes do golpe de Estado, em 15 de fevereiro de 1964”.

imprescriptibilidad de las acciones emergentes de crímenes de lesa humanidad e internacionales, en atención a lo dispuesto en la presente Sentencia y a los estándares internacionales en la materia, en atención a lo dispuesto en la presente Sentencia en los términos del párrafo 376.” Asimismo, el Estado fue declarado responsable “por la aplicación de la Ley de Amnistía No. 6683/79 y de otras eximentes de responsabilidad prohibidas por el derecho internacional en casos de crímenes de lesa humanidad, en los términos de los párrafos 208 a 312 de la presente Sentencia.”

El Estado brasileño está, por lo tanto, condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a revisar la aplicación de la Ley de Amnistía, incluso con decisiones recientes que evidencian su incumplimiento.

La cuestión principal sobre la justicia transicional en Brasil, o más propiamente, sobre su ausencia, reside en el hecho de que la OEA, a través de la Corte Interamericana, no acepta la reconstrucción del Estado a partir de una amnistía para los delitos de lesa humanidad. Su principal argumento, además de la gravedad del delito y la consecuente necesidad de castigo como prevención negativa, es que se trata de un caso de autoamnistía.

En la posición que aquí se sostiene, sin embargo, el caso brasileño *no* constituye exactamente un caso de autoamnistía, aunque lo fue en un primer período. Posteriormente, con la promulgación de una Constitución firmada por diputados elegidos por el pueblo en un gobierno ya democrático, se decidió mantener el perdón. Así, el carácter endógeno de la amnistía desaparece y esta queda validada por un grupo democrático. El argumento que subsistiría, en términos políticos, es que, aunque el país estuviera ya bajo bases democráticas en la Asamblea Constituyente, existía la amenaza de una ruptura de ese estado de cosas mediante un *coup d'état* si se planteaba la justicia penal contra los exmiembros del régimen. Esta hipótesis, a su vez, suscita un problema bien conocido en el derecho penal individual: la cuestión de las condiciones de libertad en la toma de decisiones de un Congreso que, formalmente, no estaba bajo coacción ni amenaza de golpe.

Si bien se puede especular sobre la existencia de una amenaza de reacción armada, también cabría argumentar que un proceso penal de naturaleza transicional habría constituido un obstáculo para la conciliación política y la aprobación de proyectos clave, como los relacionados con la economía, en tiempos en que la inflación alcanzaba el 80 % mensual. Del mismo modo, podría sostenerse que no existía voluntad por parte de ciertos

sectores políticos, representados por los mismos diputados, ni de muchas empresas que, al igual que ocurrió en otras dictaduras, apoyaron la continuidad del gobierno militar brasileño¹⁴³⁶. En cualquier caso, en términos jurídicos, es preciso considerar que la existencia de presiones políticas o económicas para la amnistía en aquel entonces no puede anular el hecho de que la amnistía brasileña tiene rango constitucional.

Las discusiones sobre la legalidad o incluso la conveniencia política de la amnistía en este caso son numerosas¹⁴³⁷. En gran medida debido a la postura del jefe del Ejecutivo, la Fiscalía ha comenzado, en los últimos años, a presentar cargos por delitos cometidos por agentes del Estado durante la dictadura, en especial contra los más notorios, con el evidente objetivo de propiciar una revisión de la amnistía. La esperanza de estos acusadores es que la Suprema Corte reconsidere su decisión de que la amnistía tiene estatus constitucional y que acoja las condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que el perdón otorgado en la transición democrática no cumple con el principio de convencionalidad, especialmente en relación con el Pacto de San José

¹⁴³⁶ En España, es famoso el caso de la empresa Pégaso. Véase: DEL MAR VIDAL, M. El paternalismo industrial en el régimen franquista: La colonia industrial Ciudad Pégaso en Madrid. *Sociología del Trabajo*, n. 65, 2009. En Brasil, el caso Volkswagen es más emblemático. Volkswagen ha reconocido su colaboración con el régimen militar brasileño (1964-1985) y ha aceptado pagar compensaciones por los abusos de derechos humanos cometidos en ese período. En 2020, Volkswagen firmó un acuerdo para pagar 36 millones de reales (aproximadamente 6.5 millones de dólares) a las víctimas y a proyectos de memoria y verdad. Este acuerdo se basa en hallazgos de la Comisión Nacional de la Verdad, que revelaron la cooperación de la empresa con la dictadura, incluyendo la represión de trabajadores en sus instalaciones en São Bernardo do Campo. SILVA, M. A. de C.; CAMPOS, P. H. P.; COSTA, A. A Volkswagen e a ditadura: a colaboração da montadora alemã com a repressão aos trabalhadores durante o regime civil-militar brasileiro. *Revista Brasileira de História*, v. 42, p. 141-164, 2022. Los archivos originales de la Comisión de la Verdad en Brasil están todos en internet. Véase uno de los relatorios de la Comisión, hecha por la Central única de los Trabajadores: “A Volkswagen, que representava nessa data a maior concentração de investimentos capitalistas dos alemães fora da Alemanha, enviou um major por ela contratado para comandar seu departamento de segurança interna, sendo ele, portanto, o responsável pela “ordem” na maior fábrica automobilística do Brasil daquele momento. Nessa ocasião, detectaram-se os problemas e buscaram-se soluções, sendo Ditadura nas fábricas do ABC e São Paulo. Verdades reveladas sobre os trabalhadores durante a ditadura Antonio Luigi Negro1 1 Professor do Departamento de História da UFBA e pesquisador CNPq. Boletim de operários metalúrgicos de Santo André - ABC e outros artigos”, talvez aparelhos para espionagem ou, quem sabe, inquérito (e tortura?)”. El informe oficial está en internet: [relatorioidacomissaonacionaldamemoriaverdadeejusticadacut.pdf](#)

¹⁴³⁷ El cargo de la Fiscalía (denuncia) dice que “CARLOS MARIGHELLA foi o fundador e dirigente da Aliança Libertadora Nacional – ALN, tornando-se, em meados de 1968, a principal liderança da luta armada contra a ditadura militar. Foi executado sumariamente em 04 de novembro de 1969 por agentes do DOPS/SP, em uma emboscada que contou com a participação de grande parte do aparato repressivo da época”. Y la página de la fiscalía justifica la aparición del cargo, 50 años después del hecho: “O Brasil já foi condenado duas vezes na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por atos de violência e perseguição praticados entre 1964 e 1985. O país aderiu voluntariamente à jurisdição do órgão e, portanto, é obrigado a cumprir suas sentenças. Segundo as decisões, o Estado brasileiro deve empreender as medidas necessárias para investigar e responsabilizar ex-agentes da ditadura envolvidos em casos de tortura, morte e desaparecimento forçado. As determinações também proíbem o Judiciário brasileiro de barrar processos com base na Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79). Para a CIDH, a norma não possui efeitos jurídicos por constituir um instrumento de autopiedade a membros do sistema repressivo”. El auto lleva el número 5009815-89.2023.4.03.6181

de Costa Rica. Recientemente, influenciados, según han reconocido, por una película brasileña ganadora del premio Óscar que narra la historia de un periodista (Rubens Paiva) asesinado durante la dictadura y cuyo cuerpo jamás fue hallado¹⁴³⁸, los magistrados de la Suprema Corte de Brasil señalaron que podrían admitir un recurso judicial que propone la revisión de la amnistía en los casos de ocultación de cadáver, por tratarse de un delito permanente, lo cual es muy discutible¹⁴³⁹.

Adentrarse en este debate no corresponde a los objetivos de esta monografía. El caso brasileño nos sirve, únicamente, como ilustración de que la etapa de la transición es aquella en la que se produce el acuerdo que conduce al perdón. Es evidente que, una vez alcanzado el consenso y estabilizada la situación de paz, las partes tienden a revisar los términos convenidos en su momento.

La principal estrategia para hacerlo es argumentar que en el pasado se actuó bajo una presión insuperable, lo que haría que el acuerdo fuese unilateral. Es aquí cuando, si se nos permite avanzar un poco en el tiempo, el Estado, por su hobbesiana voluntad de concentrar el poder, rechaza el pacto que ha firmado y busca algo que deja de ser derecho penal para convertirse en venganza, dado que el perdón ya había sido concedido. Las idas y venidas de la transición generan no solo una sensación de inseguridad jurídica, sino la certeza de que la democracia no está consolidada, aunque se travista de una forma de punición para revivir hechos que ya parecían superados hace décadas¹⁴⁴⁰.

La concesión del perdón con el único propósito de reducir la resistencia del opositor es una de las consecuencias de la delación premiada, que en otra obra del

¹⁴³⁸ La película *Ainda estou aqui*, ganadora del Óscar a la mejor película extranjera en 2025. Es de lamentar la influencia de la opinión pública directamente en la agenda y en el posicionamiento jurídico de la Suprema Corte..

¹⁴³⁹ Así, una materia de importante revista de Brasil, de diciembre del 2024: O ministro do Supremo Tribunal Federal, Flávio Dino, defendeu que a Lei da Anistia, promulgada durante a ditadura, não se estenda ao caso de ocultação de cadáveres. O magistrado mencionou o caso do deputado Rubens Paiva, pai do autor Marcelo Rubens Paiva, e que teve a história contada no filme “Ainda estou aqui”, do diretor Walter Salles” <https://www.cartacapital.com.br/justica/dino-cita-filme-ainda-estou-aqui-e-defende-que-anistia-nao-se-estenda-aos-casos-de-ocultacao-de-cadaver>

¹⁴⁴⁰ En tal sentido, es genial como Galain Palermo divide la justicia de transición en Uruguay en tres modelos: Impunidad absoluta (1985-2000); reconciliación (2000/2005); Persecución penal (2005 hasta la fecha). El autor observa la poca técnica de la fundamentación de la condena por los jueces, la confusión entre delitos prescriptos y los imprescriptibles y, tal cual Brasil, la intervención de la Corte IDH, en el primer fallo de condena contra Uruguay, en el que “a declarado nuevamente la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de modo que recomienda que la Ley de Caducidad (15.848) carezca de efectos jurídicos”(p. 252). El paralelo con el caso brasileño es perfecto. GALAIN PALERMO, P. La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución, UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, 2011.

presente autor se ha definido como la “antinomía del Estado traidor”, un fenómeno que, desafortunadamente, ocurre cada vez que el Estado actúa como una parte que desconsidera su necesidad previa de premiar o perdonar a quien había colaborado con él¹⁴⁴¹. Esto se observa en la revisión de los programas de lenidad para empresas, en la reconsideración de acuerdos de delación cuando hay cambios políticos y, en este caso, en los cargos por crímenes cometidos durante las dictaduras, que toman en cuenta declaraciones de exagentes del Estado que confesaron delitos mientras el Estado de amnistía seguía vigente.

7.5.2 Transición en Sudáfrica: el papel especial del perdón

El proceso de transición en Sudáfrica implicó un perdón rotundo para quienes perpetraron el delito de *apartheid*. Sin embargo, debido a circunstancias peculiares, dicho perdón no ha encontrado un reproche internacional comparable al que se observó en el caso anterior. La idea de que se reconozca la necesidad pragmática del perdón en contextos extremos es lo que nos lleva a presentar el caso sudafricano como un paradigma parcial de estudio.

Sudáfrica sufrió la implementación del *apartheid* a través de la Ley de Registro de la Población de 1950, que clasificaba a todos los ciudadanos por raza, así como la Ley de Áreas de Grupo de 1950¹⁴⁴², que estableció secciones residenciales y comerciales en áreas urbanas, también divididas según el color de piel de sus habitantes¹⁴⁴³. En la

¹⁴⁴¹ Actualmente, una nueva acción tramita en la Suprema Corte de Brasil, para revisar la propia sentencia suprema había confirmado la amnistía. El cambio político en la Presidencia de la República y la composición de la Corte, comandada por integrantes indicados por el propio Presidente, pueden garantizar esa revisión, sin observar la seguridad jurídica por sentencia firme de la Suprema Corte. Nos referimos a la ADPF 320, que debe ser apreciada en 2025.

¹⁴⁴² El "Group Areas Act No. 41 of 1950," fue una de las piezas legislativas más importantes que consolidaron el sistema de *apartheid* en Sudáfrica. Esta ley estableció áreas residenciales y comerciales segregadas racialmente en las zonas urbanas, prohibiendo la residencia y los negocios de personas no autorizadas en ciertas áreas. Implementada a partir de 1954, esta ley resultó en la reubicación forzosa de miles de personas de comunidades "incorrectas" según la clasificación racial del gobierno, lo que llevó a la destrucción de comunidades como Sophiatown en Johannesburgo. Está disponible en: SAHO. Group Areas Act, Act No 41 of 1950. *South African History Online: towards a people's history*, [s/l], 2000. Disponible en: <https://www.sahistory.org.za/archive/group-areas-act-act-no-41-1950>.

¹⁴⁴³ El fac-simile de ese Population Registration Act, Act No 30 of 1950 se puede encontrar en “*Digital South Africa*”. Su artículo 5 decía: “Every person whose name is included in the register shall be clasified by de Director as a white person, a coloured person or a native, in tue case may be, and every coloured person and every native whose name is so included shall be classified by de Director according to the ethnic or other group wo which he belongs”.

práctica, esta ley resultó en la asignación de más del 80 % del territorio de Sudáfrica a la población blanca. Además, se promulgaron otras leyes, como la Ley de Supresión del Terrorismo, la Ley de Seguridad Interna, la Ley de Organizaciones, la Ley de Organizaciones No Reguladas, la Ley de Seguridad Pública, la Ley de Prohibición de Matrimonios Mixtos¹⁴⁴⁴ y la Ley de Supresión del Comunismo (*Suppression of Communism Act*¹⁴⁴⁵) de 1950.

Diversos movimientos de liberación y partidos políticos contrarios al régimen surgieron, pero fueron prohibidos hasta 1990, cuando el presidente F.W. de Klerk¹⁴⁴⁶ tomó la iniciativa de iniciar las negociaciones de paz, lo que llevó a la fijación de una fecha para las primeras elecciones democráticas del país (1994) y a la instauración de un gobierno provisional antes de la promulgación de la nueva Constitución. Durante estas negociaciones, se insistió en la necesidad de aprobar una amnistía general. Sin embargo, con el objetivo de consolidar el país como un Estado democrático de derecho, se incluyó una declaración de derechos fundamentales en la Constitución, ratificada en 1993, que establecía que los términos de la amnistía debían ser decididos por el primer gobierno

¹⁴⁴⁴ Esa ley (Prohibition of Mixed Marriages Act, Act No 55 of 1949) fue anterior a las demás. Su primer artículo demuestra el absurdo de los tiempos, y también explica como la desigualdad se ha perpetuado: "Section 1: **Prohibition of marriages between Europeans and non-Europeans.** As from the date of commencement of this Act, a marriage between a European and a non-European shall be void and of no effect, and any such marriage solemnized in contravention of the provisions of this section shall be null and void: Provided that— (a) any such marriage shall be deemed to be valid if— (i) it has been solemnized in good faith by a marriage officer, and neither of the parties thereto nor any other person in collusion with either of them has made a false statement relating to such marriage which constitutes a contravention of section four; and (ii) either party to such marriage who professes to be a European or a non-European, as the case may be, is obviously what he or she professes to be in appearance, or can prove, in the case of a party who professes to be a European, that he or she habitually associates with Europeans as a European, or in the case of a party who professes to be a non-European, that he or she habitually associates with non-Europeans as a non-European; (b) where any such marriage has been solemnized in good faith by a marriage officer, any child born or conceived of such marriage before it has been declared invalid by a competent court shall be deemed to be legitimate".

¹⁴⁴⁵ Se refiere al Act 44, de 26 de julio de 1950, uqe fue diseñado para prohibir el CPSA (Communist Party o South Africa). Evidentemente, era parte de la estrategia da acabar con cualquier resistencia al régimen de Apartheid. Véase *Timeline of South African Legislation* [online], Disponible en: sahistory.org.za

¹⁴⁴⁶ Fue responsable por la liberación de Nelson Mandela y, juntamente con él, han recibido el Premio Nobel de la Paz en 1993. Las reformas de De Klerk culminaron en las primeras elecciones multirraciales de Sudáfrica en 1994, en las cuales Nelson Mandela fue elegido presidente. Después de las elecciones, de Klerk sirvió como vicepresidente en el gobierno de unidad nacional encabezado por Mandela. En su discurso de 02 de febrero de 1990, pronunció: "*The season of violence is over. The time for reconstruction and reconciliation has arrived. The goal is a new South Africa, a totally changed South Africa which will be a home for all its people, a country which will be rid of the antagonism of the past, a country free of domination or oppression in whatever form.*" Véase, en aquél mismo año: SARAKINSKY, I. F. W. de Klerk crosses the Rubicon: the politics of negotiation in South Africa. *Capital & Class*, v. 14, n. 3, p. 7-18, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/030981689004200101>.

democráticamente elegido del país, para el cual, como es sabido, sería elegido Nelson Mandela en 1994¹⁴⁴⁷.

En este contexto, el nuevo gobierno optó por realizar consultas públicas tanto a nivel interno como internacional sobre la responsabilidad en relación con las violaciones y abusos cometidos. Estas consultas constituyen, en gran medida, un *turning point* en el desarrollo de la justicia transicional, dado el carácter particular de la situación sudafricana, como se analizará más adelante.

En tal escenario, en diciembre de 1984, cuando Desmond Tutu recibió el Premio Nobel de la Paz en Oslo, destacó que la paz es una fórmula de reconciliación (*negotiated settlement*). A partir de esta idea, tras la elección de Mandela, se le encomendó a Tutu la presidencia del proceso de reconciliación del país, con Alex Boraine como vicepresidente, en una nación donde aproximadamente 35 millones de negros, 6 millones de blancos y 3 millones de mestizos e indios no convivían pacíficamente. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica fue instaurada tras el fin del régimen del *apartheid* en 1995, mediante la Ley de Unidad y Reconciliación Nacional (n.º 34), y el Acto sobre la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, ratificados por el presidente Nelson Mandela el 19 de julio de 1995 y promulgados el 27 de julio de 1995¹⁴⁴⁸¹⁴⁴⁹.

Caracterizada como un órgano temporal vinculado al gobierno, su propósito era investigar los abusos y violaciones de derechos humanos cometidos en el pasado. Sus principios rectores eran la reparación de las víctimas —funcionando como un instrumento de sanación (*healing*), no de olvido—, el fortalecimiento de la unidad nacional para prevenir futuros daños, la legitimación del nuevo gobierno y la promoción de la

¹⁴⁴⁷ El artículo 9.3 de esa declaración enunciaba: “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth”. SOUTH AFRICA. Bill of Rights. In: *Disability Rights Education & Defense Fund*. Constitution of the Republic of South Africa, 1993. Disponible en: <https://dredf.org/south-africa-constitution-bill-of-rights/>.

¹⁴⁴⁸ Véase, en sentido crítico: GIBSON, J. L. Overcoming apartheid: can truth reconcile a divided nation?. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 603, n. 1, p. 82-110, 2006.

¹⁴⁴⁹ El texto completo de la “Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 34 of 1995 está disponible en la página del Department of Justice de Sudáfrica. Allí también se encuentran en PDF los 07 volúmenes (el volumen 06 está dividido en 06 secciones y un foreword y el volumen 7 en 05 partes, totalizando 18 volúmenes). Las legislaciones de Sudáfrica y el texto del informe están retirados de esa página (<https://www.justice.gov.za/report/index.htm>).

participación y el consenso entre las partes involucradas (perpetradores, víctimas y comunidad).

El mandato legal de la Comisión se resumía en recopilar testimonios, indemnizar a las víctimas y conceder amnistía a quienes confesaran íntegramente sus crímenes políticos. Es decir, su objetivo no era punitivo, sino garantizar que las atrocidades cometidas entre 1960 y 1994 no quedaran en el olvido. En este contexto, no se estableció una amnistía general, sino que la confesión de los hechos daba lugar a una amnistía individual y condicional. La ley de amnistía preveía la *grant amnesty* para cualquier persona que hiciera un *full disclosure* de los hechos de interés para la Comisión, siempre y cuando estuvieran vinculados con el curso de los "conflictos del pasado" (*the course of the conflicts of the past*)¹⁴⁵⁰¹⁴⁵¹. En consecuencia, no se preveía ninguna sanción para quienes comparecieran y promovieran la revelación de la verdad¹⁴⁵².

La Comisión debía estar compuesta por 17 comisionados provenientes de diversos grupos religiosos, políticos y civiles, entre ellos figuras destacadas como el arzobispo Desmond Tutu (presidente), el Dr. Alex Boraine (vicepresidente), Mary Burton, Chris de Jager, Bongani Finca, Sisi Khampepe, Richard Lyster, Wynand Malan, el reverendo Khoza Mgojo, Hlengiwe Mkhize, Dumisa Ntsebeza (jefe de la Unidad de Investigación), Wendy Orr, el abogado Denzil Potgieter, Mapule Ramashala, el Dr. Faizel Randera, Yasmin Sooka y Glenda Wildschut. Fue subdividida en tres comités: el *Comité de*

¹⁴⁵⁰ La forma cómo la ley y los demás documentos de la amnistía de Sudáfrica elige su enunciación es muy pensada, en consecuencia de todos los estudios que hubo, atrás descritos, antes de lanzarse a su redacción. Lo mismo ocurrirá en Colombia. En el caso específico, la insistencia en enunciar la locución de "Delitos del Pasado" es bastante relevante para lo que aquí se plantea.

¹⁴⁵¹ Hacemos referencia específica al Capítulo 4 de esa Ley 34 de 1995, en su sección 20. Así el texto: "The Committee shall, subject to the provisions of this Act, grant amnesty **to any person who makes a full disclosure of all the relevant facts** relating to acts associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past, if the Committee is satisfied that- (a) the application complies with the requirements of this Act; and (b) the act, omission or offence to which the application relates is an act associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past."

¹⁴⁵² El papel de la narrativa en la reconstrucción de Sudáfrica será tratado en otro momento, pero es esencial para el presente tema. De ahí salen dos preguntas que hay que intentar contestar: primera, si la reconstrucción de la verdad, bien sea en CVs, bien sea en acuerdos de delación, son lo mismo que lo que en derecho penal ya hace mucho se entiende por 'confesión'. Si la respuesta es positiva (es decir, hay una correspondencia entre el 'full disclosure' del Derecho Transicional y la Confesión en Derecho Penal), hay que comprender que hay un valor distinto para esos casos, una vez que la confesión, en derecho penal, jamás implicó la extinción de la punibilidad en sí misma. La idea es de que, aunque sea parte de un proceso de perdón, en ningún de los casos es valor único para él. En el caso de las justicias de transición, la verdad es un elemento discursivo que, como dicen algunos estudios, genera el 'efecto terapéutico' de decir que el Estado no ha pasado la página sin reconocer que hubo abusos; en el caso de la delación premiada, el derecho penal es parte la condición del perdón, cargado una vez más de su ambivalencia: demostrar reconocimiento de la falta y describir qué es lo que se perdona; pero a ello hay que añadir que establecer la verdad fortalece la versión sobre la cuál hay que buscar otras pruebas, a fin de producir derecho penal en contra de otros responsables.

Violaciones de los Derechos Humanos, cuya misión era establecer la naturaleza, la causa y la magnitud de los abusos cometidos entre 1960 y 1994, dotado de amplios poderes de investigación y citación; el *Comité de Reparación e Indemnización*, encargado de identificar a las víctimas y estudiar sus quejas con vistas a otorgar indemnizaciones, asistencia material y apoyo psicológico¹⁴⁵³; y el *Comité de Amnistía*, responsable de examinar las solicitudes de perdón bajo la condición de *full disclosure*, comprobando que los delitos estuvieran asociados con objetivos políticos dentro del período en cuestión.

Para este último comité, en particular, la normativa preveía que dos de sus miembros debían ser nombrados en consulta con la Comisión, debiendo ambos ser abogados calificados y con experiencia en la práctica del derecho, ya que su función era mayoritariamente judicial. Los parámetros definidos para proceder con las investigaciones eran limitados, a pesar de basarse en lo establecido en las secciones 29 y 32 de la Ley, lo que en muchos casos requería estudios detallados de cada caso y, por lo tanto, acceso a documentos confidenciales adicionales¹⁴⁵⁴.

En este ámbito, la Comisión trabajaba con cuatro conceptos de verdad¹⁴⁵⁵: la verdad **forense** (*factual or forensic truth*), vinculada a la evidencia judicial utilizada en el proceso de amnistía; la verdad **personal** (*personal or narrative truth*¹⁴⁵⁶), basada en

¹⁴⁵³ Capítulo 2, sección 7 (1): “The work of the Commission shall be performed by the following committees: (a) A Committee on Human Rights Violations, which shall be charged with the task of conducting investigations into gross violations of human rights; (b) A Committee on Reparation and Rehabilitation, which shall be charged with the task of considering matters referred to it relating to victims, and of formulating and submitting to the President recommendations concerning reparations for victims; and (c) A Committee on Amnesty, which shall be charged with the task of considering applications for amnesty and making recommendations thereon to the Commission”.

¹⁴⁵⁴ La concepción de Amnistía que ofrece el Informe de la Comisión es casi el texto del libro de Desmond Tutu. “49. Others have taken us to task because they were unhappy when the Amnesty Committee gave amnesty to certain perpetrators - such as those responsible for the St James’ Church killings or the murder of Amy Biehl. **Clearly these people have forgotten the raison d’être for amnesty. Amnesty is not meant for nice people. It is intended for perpetrators.** There are strict criteria to be met and we believe that the Committee has used those criteria to determine whether or not amnesty should be granted. **Amnesty is a heavy price to pay. It is, however, the price the negotiators believed our country would have to pay to avoid an “alternative too ghastly to contemplate”.** Sadly, in almost all cases, there was an outcry only when the victim was white and the perpetrator black. I wonder whether people have considered how the Trust Feed Farm community must have felt when Brian Mitchell got amnesty since it was his misinterpreted orders that led to the death of eleven persons in that community? TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION. *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*. Ciudad del Cabo: Juta, 1998. 5 v. Parráfo 49, p. 11 del Volúmen 1. Disponible en: <https://www.justice.gov.za/report/>.

¹⁴⁵⁵ Esos conceptos están en el Volumen I del Informe, intitulado “Truth”. Aparece a partir del párrafo 29 (pág. 110) hasta página 114. Véase: <https://www.justice.gov.za/report/finalreport/Volume%201.pdf>

¹⁴⁵⁶ “By telling their stories, both victims and perpetrators gave meaning to the multilayered experiences of the South African story. These personal truths were communicated to the broader public by the media. In the (South) African context, where value continues to be attached to oral tradition, the process of story telling was particularly important. Indeed, this aspect is a distinctive and unique feature of the legislation governing the Commission, setting it apart from the mandates of truth commissions elsewhere. The Act explicitly recognised the healing potential of telling stories” (párrafo 36, Vol. I, del Informe).

los testimonios y relatos de las audiencias; la verdad **social** (*social or dialogic truth*), orientada al diálogo entre ofensores (*perpetradores*) y víctimas; y la verdad **sanadora** (*healing or restorative truth*), relacionada con la justicia restaurativa y la construcción de una nueva identidad nacional africana, conocida como la ‘nación arcoíris’ (*rainbow nation*), un concepto inspirado en la Biblia como símbolo de la alianza entre Dios y la Tierra¹⁴⁵⁷.

El *Informe final* de la Comisión detalla diversos obstáculos que comprometieron parcialmente su labor. Entre ellos, destaca la demora del gobierno posterior a Mandela en la implementación de las recomendaciones de la Comisión, incluyendo la aplicación de las reparaciones¹⁴⁵⁸. Además, fueron pocos los procesos concluidos contra individuos que no solicitaron amnistía o cuya amnistía fue rechazada.

Otro punto crítico fue que varios oficiales de alto rango de las fuerzas de seguridad, incluido el exministro de Ley y Orden Adriaan Vlok, lograron la suspensión de sus sentencias mediante acuerdos con el Ministerio Público. Este hecho desilusionó a muchas víctimas, fortaleció la percepción de impunidad y benefició a los defensores del *apartheid*, que así escaparon de la responsabilidad por sus acciones.

Por último, un problema grave fue la falta de seguridad para los testigos, muchos de los cuales fueron silenciados mediante asesinatos, detenciones arbitrarias, amenazas y torturas a manos de colaboradores, espías y agentes dobles.

Políticos del antiguo gobierno y líderes de las fuerzas de seguridad no se postularon, argumentando que, por haber conducido una "*guerra justa*", no estaban obligados a pedir amnistía porque sus acciones no constituían graves violaciones de los derechos humanos. La Comisión, como dice el informe, *aceptó* que muchos de los agentes

¹⁴⁵⁷ Incluso los efectos psicológicos de los testimonios fueron relatados en el informe final de la Comisión. Parece ser bastante sospechosa toda esa eficacia que después vamos a comentar. Kamines y otros, aunque valoren lo que es el perdón y la verdad, no encuentran pruebas empíricas de toda esa eficacia. "The 's final report (Truth and Reconciliation Commission of South Africa, 1998) states that the process of giving testimony served a therapeutic function, and highlights cases of victims who forgave their perpetrators. Although there is some evidence from uncontrolled studies that testimony therapy reduces psychiatric symptoms among survivors of human rights violations (Cienfuegos & Monelli, 1983; Agger & Jensen, 1990; Weine et al , 1998), and extensive evidence that forgiveness is also associated with improved mental health (Hebl & Enright, 1993; Al-Mabuk et al , 1995; Freedman & Enright, 1996; Coyle & Enright, 1997) there have been no empirical studies of these relationships in the context". KAMINER, D.; STEIN, D. J.; MBANGA, I.; ZUNGU-DIRWAYI, N. The truth and reconciliation commission in South Africa: relation to psychiatric status and forgiveness among survivors of human rights abuses. *The British Journal of Psychiatry*, v. 178, n. 4, p. 373-377, 2001.

¹⁴⁵⁸ Pero el informe viene a reconocer: "It must be said to his credit that Mr Vlok apologised handsomely to Ms Gunn during his amnesty application", luego de decir que el exministro Vlok había mentado sobre el arresto de Shirley Gunn con su hijo.

del Estado creían que su lucha era por el Apartheid, sino contra el comunismo o la anarquía¹⁴⁵⁹. La investigación reveló que, en los meses siguientes, hubo problemas de instrucción, y la masiva y sistemática destrucción de informes. En algunos casos, los informes fueron removidos de la oficina central para su destrucción. Esta investigación fue conducida por representantes de la Comisión y de los Archivos Nacionales con la cooperación del Ministro de Justicia. Debido al pequeño tamaño del Departamento de Legislación de Seguridad, hubo una concentración de todos los informes en una única habitación, lo que fragilizaba su confidencialidad. En el mayor nivel de jerarquía, por ejemplo, el General George Meiring informó que un número de agentes fue seleccionado para cubrir operaciones de destrucción de archivos, afirmando que no había ninguna irregularidad. También dijo que todos los archivos que impactaban en la seguridad individual (que podrían haber incluido fuentes de inteligencia) fueron destruidos bajo los términos de la decisión de 1993 del Consejo de Seguridad del Estado¹⁴⁶⁰.

El Informe Final del trabajo de la Comisión fue divulgado inicialmente en cinco volúmenes el 29 de octubre de 1998 y los dos volúmenes posteriores el 21 de marzo de 2003, enumerando las atrocidades cometidas en los cuarenta años del apartheid y nombrando, uno por uno, a los responsables. Los objetivos fueron cinco: a) producir un informe detallado sobre las causas y las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos que ocurrieron en Sudáfrica entre 1960 y 1994; 2) Identificar a las partes, instituciones y partidos políticos responsables y afectados por las graves violaciones de los derechos humano; 3) Proveer a las víctimas un espacio público en el que pudieran expresarse para recuperar la dignidad humana; 4) Hacer recomendaciones al gobierno para impedir otros episodios de graves violaciones de los derechos humanos y tomar medidas en cuanto a las reparaciones y la reinserción de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos; 5) Facilitar la concesión de amnistía a los individuos autores que confesaran íntegramente sus delitos¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁹ El relato de la ‘just war’ está en el Final Report, Volume 1, especialmente p. 65 y siguientes. “The Commission accepted that many people had clearly believed that they were fighting against Communism and anarchy and not, in the first place, for apartheid” v. I, cap. 05, ítem 69.

¹⁴⁶⁰ V. I, p. 202.

¹⁴⁶¹ No se puede decir exactamente que haya medidas concretas a partir de lo que hoy se nombraría “garantía de no repetición”. Pero sí es verdad que la parte final del Volumen 5 del Informe hace sus “Recommendations” y entre ellas aparece que el gobierno “adopte medidas proactivas para evitar futuras violaciones a derechos humanos, además de subrayar “the importance of addressing the underlying socio-economic conditions that contribute to human rights abuses” v. 5, capítulo 8.

Se reconoce que el trabajo de reconstrucción no fue fácil ni inmediato¹⁴⁶². A pesar de estos obstáculos y limitaciones, la CVR fue considerada internacionalmente. En cierta manera, es verdad que sus audiencias atrajeron la atención global, ya que fue la primera comisión en realizar audiencias públicas en las cuales se escucharon a víctimas y agresores. Si miramos a sus números, es verdad que ha recibido más de 22 mil testimonios de victimados¹⁴⁶³, más de 7.000 solicitudes de amnistía, realizó más de 2.500 audiencias y al final concedió 1.500 de ellas para otros miles de crímenes cometidos durante los años del apartheid. La Comisión constató que más de 19.050 personas fueron víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, y otras 2.975 víctimas fueron identificadas durante las confesiones. Un total de 5.392 solicitudes de amnistía fueron rechazadas, concediendo solo 849 de las 7.111¹⁴⁶⁴.

En términos relativos, es posible decir que fue un éxito. En su momento, cuando la experiencia del justicia transicional era poco más que el Tribunal de Núremberg, se ha creado, en las palabras de Desmond Tutu, una Tercera Vía, que era la amnistía por el cambio a la verdad. El perdón fue, literalmente, “el precio a pagar por paz y estabilidad”¹⁴⁶⁵. La pregunta que sigue es saber por qué se ha aceptado que no existiera punición, después de tantos horrores que se han descrito en la Comisión por la verdad¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶² El informe reconoce que es necesario más tiempo para la superación, pero aún así hace un discurso mínimamente sospechoso sobre lo que es la efectividad de la aparición de la verdad. En otras palabras, cuando dice que es difícil el proceso de encontrar la paz con el perdón total, cuando hace hincapié en sus dificultades, está más reafirmando su éxito que otra cosa. Véase párrafo 48 del Cap. V, página 116 del informe “Many people also saw reconciliation as an activity that could take place without tears: they felt threatened by the anger of victims. It is, however, unrealistic to expect forgiveness too quickly, without providing victims with the necessary space to air their grievances and give voice to previously denied feelings. “It would not have been even remotely decent for a non-Jewish person to have suggested to Jews that they ought to become reconciled to the Germans immediately after World War II”, observed a Dutch visitor to the Commission. Relationships can only be healed over time and once feelings of hurt and anger have been acknowledged. The resistance and hostility of some victims, directed at times at the Commission itself, required understanding and respect”.

¹⁴⁶³ “The Commission received more than 22,000 statements from victims and held public hearings across the country.” v. I, Cap. 04.

¹⁴⁶⁴ “By the end of its mandate, the Commission had received 7,128 applications for amnesty, of which 849 were granted and 5,392 were refused. The Commission conducted over 2,500 amnesty hearings.”, v. 6, Sección 5: “The amnesty Process”.

¹⁴⁶⁵ “Our country’s negotiators opted for a ‘third way’ that avoided the two extremes of Nuremberg trials and blanket amnesty (or national amnesia). This third way was the granting of amnesty to individuals in exchange for a full disclosure of the truth. It was a compromise, a painful, even risky compromise, but it was the best we could do in the circumstances. It was the price we had to pay for peace and stability.” TUTU, D. *No Future Without Forgiveness*. [s/l]: Image, 1999, p. 45.

¹⁴⁶⁶ Se expone que en la mayoría de las defensas de los militares se usaba la frase: “We were at war”, además de reiteradamente deshumanizar a los prisioneros, ejemplo de esto fue Victor Mthembu que cuando se le preguntó por qué se atacaban a niños de 9 meses de edad, respondió: “a snake gives birth to another snake.” Un ejemplo que causó gran conmoción fue el de Evelyn Masego Thunyiswa, que fue arrestada en el camino al funeral de Steve Biko en 1977. En el testimonio de Mmabatho, ella dijo a la Comisión que fue agredida y recibió descargas eléctricas en sus genitales: “Después de torturarme de esa forma, nos llevaron fuera de

El caso sudafricano es un ejemplo de que la comunidad mundial sigue ocultando la realidad acerca de lo que es efectivamente un derecho de guerra. Tal vez, en ese sentido, pueda ser útil regresar a un concepto social de justicia de transición, para decir sencillamente que no se alcanzó. Pero no parece ser necesario hacerlo en este punto. La importancia de la narrativa de los hechos fue sobrevalorada¹⁴⁶⁷.

7.5.3 Colombia: ¿excepción o cambio de paradigma?

La experiencia colombiana de justicia transicional es la más amplia y moderna, y de ella se pueden extraer elementos esenciales para el objetivo de la presente monografía. Desde luego, la transición colombiana es el fruto de su tiempo, es decir, cuenta con el acervo de una serie de conocimientos teóricos y experiencias que no existían, por ejemplo, en el caso de Sudáfrica. Entre estas experiencias se pueden enumerar todas las transiciones posdictadura en América Latina, exitosas o fallidas; la mencionada transición pos-*apartheid*, para la cual hubo, como se ha señalado, una gran preparación intelectual, además de documentos que relatan sus éxitos y fracasos; así como las reglas de la ONU para justicias de transición, de 2004, que, aunque no superan lo que ya se establecía en los informes internacionales, sirvieron como una guía para fijar los cuatro pilares de la justicia transicional¹⁴⁶⁸. También la experiencia de los distintos intentos de paz entre las fuerzas en conflicto en Colombia fue un proceso de aprendizaje clave para alcanzar el resultado final en 2016.

la carretera. Cuando intentaba orinar, salía sangre. Me dejaron sola - no fue con el permiso de mis padres - tenía miedo de decirle a mi madre dónde había estado por toda la situación. Estuve así por uno o dos meses. Recuerdo que fui al médico a principios de noviembre y entonces le dije a mi madre que tenía glándulas inflamadas, porque me di cuenta de que esta enfermedad estaba empeorando cada vez más." Otro episodio emblemático fue la investigación del atentado en Church Street con un coche bomba el 20 de mayo de 1983, a las 16:30, en la capital, Pretoria, por uMkhonto we Sizwe (MK), el ala paramilitar del Congreso Nacional Africano (ANC), autorizado por Oliver Tambo. El atentado mató a 19 personas, incluyendo a los dos paramilitares, Freddie Shangwe y Ezekial Maseko, e hirió a 217. El objetivo era supuestamente la South African Air Force (SAAF), pero como la bomba fue preparada para explotar en hora pico, había indicios de que no era el único objetivo. Sin embargo, durante el testimonio a la , el líder de operaciones especiales del ANC, Aboobaker Ismail, dijo que los actos fueron cuidadosamente calculados para tener fines de guerra y no herir a civiles, ya que las operaciones fueron establecidas desde 1979 con el fin de sabotear instalaciones económicas clave. (Volume 2, Capítulo 4, "The armed forces").

¹⁴⁶⁷ "Forgiveness does not mean condoning what has been done. It means taking what happened seriously and not minimizing it; drawing out the sting in the memory that threatens our entire existence. It involves not losing sight of the humanity of the perpetrator. We must remember that they can change and are capable of being reformed." TUTU, D. *No Future Without Forgiveness*. [s/l]: Image, 1999, p. 35.

¹⁴⁶⁸ "Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición en Sociedades en Conflicto o Postconflicto" (S/2004/616),

Como antecedentes históricos del Acuerdo, cabe destacar el surgimiento de las FARC, el cual, como parece coincidir la gran mayoría de los analistas del tema, se remonta a 1964. Basados en convicciones marxistas, campesinos fundaron lo que se denominó la *República de Marquetalia*. Contra 150 campesinos levantados en armas en nombre de este posible movimiento separatista —o, al menos, de una revuelta por la conquista de tierras en un país con una distribución agraria extremadamente desigual—, el Ejército Colombiano desplegó 2.400 soldados para sofocar el levantamiento¹⁴⁶⁹. En aquel periodo¹⁴⁷⁰, también existían otros movimientos en favor de la reforma agraria¹⁴⁷¹ en varios departamentos de Colombia, lo que “llevó consigo un despliegue militar de más de 16.000 hombres”¹⁴⁷²¹⁴⁷³. Como narra Ríos, de aquel conflicto específico en Marquetalia sobrevivieron 350 insurgentes que, dos años después, se autodenominaron FARC. Debido a ese mismo proceso de desigualdad, con el clamor por una mejor distribución de la riqueza, la ideología marxista violenta fue adoptada por otros movimientos que, con el tiempo, se sumaron a las FARC, como el Ejército de Liberación Nacional (ELN)¹⁴⁷⁴ o el Ejército Popular de Liberación, que tenía inspiración maoísta.

¹⁴⁶⁹ PIZARRO, E. *Las FARC (1949-2011) de guerrilla campesina a máquina de guerra*. Bogotá: Norma, 2011.

¹⁴⁷⁰ Ahí está, entre tantos, el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán. RÍOS, J. Dinámicas de la violencia guerrillera en Colombia. *Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 3, p. 84-103, 2016.

¹⁴⁷¹ HENDERSON, J. *Víctima de la globalización. La historia de cómo el narcotráfico destruyó a Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010.

¹⁴⁷² “La operación del Ejército Nacional por aire y tierra contó con 16.000 hombres que atacarían las “repúblicas independientes” haciendo énfasis en Marquetalia, Tolima. Sin embargo, logró todo lo contrario: en lugar de contrarrestar un movimiento esporádico con espíritu agrario, hizo que naciera una guerrilla organizada, reglamentada e influenciada por la ideología comunista: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” PEÑA, C.; NIÑO GONZÁLEZ, C. A.; PALMA ÁLVAREZ, D. A.; *et al. Fenomenología y transformación del discurso de las FARC para la estrategia y el poder: la transformación discursiva de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)*. [s/l]: Sello Editorial, ESDEG, 2019. DOI: <https://doi.org/10.25062/9789585625273>.

¹⁴⁷³ RÍOS, J. El Acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC: o cuando una paz imperfecta es mejor que una guerra perfecta, Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 19, n. 38, 2017, p. 594.

¹⁴⁷⁴ Conforme Trejos Rosero, el Ejército Popular de Liberación tuvo cuatro fases distintas de desarrollo ideológico, pero su origen es maoísta, a principio como disidencia del gran poder ejercido por la URSS y, por consecuencia, con grandes vínculos con el Partido Comunista Chino. Nscido también en 1964, el EPL entra en crisis en mediados de los años setenta, especialmente por la creación de tres dicidencias (Primer de Mayo; Tendencia y Comando Guerrillero Pedro León Arboleda). En los años 1980, empieza a pensar la rendición. En reunión del Comité Ejecutivo Central¹¹, realizada en julio de 1982, en la ciudad de Cartagena, se resolvió abrir espacios de discusión con el gobierno que permitieran la suscripción de acuerdos por medio de la negociación que posibilitaran la expresión política popular. A finales de 1983, durante la administración Betancur, se inició un intercambio epistolar con la Comisión de Paz, a la que el EPL le entregó una propuesta de 6 puntos que serviría como agenda de discusión”. El EPL dejó las armas en el año de 1991. Según el autor, a partir de ahí, las FARC ocuparon el espacio vacío de esos más de 2000 combatientes que dejaron armas. Con la ocupación de las FARC, nueva reacción de las Autodefensas y de Grupos Paramilitares. TREJOS ROSERO, L. F. *AL DE UNA ORGANIZACIÓN INSURGENTE COLOMBIANA El ejército popular de liberación (epl). De China a Cuba vía Albania. Investig. desarro.*, Barranquilla, v. 21, n. 2, 1999, p. 371-394.

En una nueva oleada de conflictos, surgieron más guerrillas, como el conocido M-19, que, por otros motivos, depuso las armas ya en la década de 1990¹⁴⁷⁵.

La falta de estabilidad frente a un territorio tomado por guerrillas fue notoria en Colombia durante la década de 1990. El país se convirtió en una de las naciones con el mayor número de desplazamientos forzados¹⁴⁷⁶ y desposesiones¹⁴⁷⁷, incluso superando a otras naciones en guerra declarada. Se llevaron a cabo varios intentos de paz antes de la justicia transicional que aquí se analiza, como los Acuerdos de La Uribe, en 1984, durante el gobierno de Betancourt; el Proceso de Caracas y Tlaxcala, en 1992, bajo el gobierno de César Gaviria; y el más significativo, el de Caguán, una región donde, entre 1998 y

¹⁴⁷⁵ En 1990 se firmó “el primer acuerdo de paz entre una guerrilla y el Estado Colombiano”, marcando la rendición del M-Según el site del Centro de Memoria Histórica de Colombia, en la 9, bajo el gobierno de Virgilio Barco. En la efeméride de los 25 años del acuerdo con el M-19, el senador Antonio Navarro Wolff, exdirigente de ese grupo guerrillero, enumeró 15 lecciones aprendidas con ese proceso de paz. Recortamos dos de ellos: “La segunda fue que el perdón y la reconciliación son posibles. Las hijas de Carlos Pizarro han dignificado la historia de su padre sin guardar rencor y las víctimas del Palacio de Justicia han perdonado a los miembros del M19, incluyendo el actual Ministro de Defensa; La tercera fue la necesidad de mantener a los guerrilleros desarmados pero organizados, dado que al disolverse la guerrilla, los desmovilizados podrían caer en la delincuencia. Y la política fue la plataforma que permitió que los exguerrilleros buscaran soluciones a los problemas sin retornar a la violencia”. Disponible en: <https://centrodememoriahistorica.gov.co/tag/m19/#:~:text=El%209%20de%20marzo%20de,el%20gobierno%20de%20Virgilio%20Barco>. Aya Simitmans recuerda que la estabilización de la paz en el caso del M-19 tiene que ver con la Constitución posterior, que selló la amnistía. “Cuando se firmó la paz con el grupo guerrillero M-19, se llamó a una Asamblea Constituyente y, eventualmente, se pactó una nueva Constitución en 1991”. AYA SMITMANS, M. T. El Proceso de Paz en Colombia: dos pasos adelante, un paso atrás. *Estud. int. (Santiago, en línea)*, Santiago, v. 49, n. 187, 2017, p. 163-179.

¹⁴⁷⁶ La magnitud estimada del desplazamiento forzado interno en Colombia en un período reciente, de acuerdo con las cifras de la entidad pública de Acción Social, asciende a un total de 3.470.387 personas y 794.523 hogares desplazados entre 1997 y 2010, de acuerdo con el Registro Único de Población Desplazadas (RUPD). Según las cifras oficiales, manejadas por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Social, con corte a 10 de abril de 2009, se informa que 2.938.349 personas (662.892 hogares) han sido registradas como víctimas del desplazamiento forzado. El mayor pico en la historia reciente del país, se registró durante el 2002, cuando se dio la mayor actividad armada de los grupos ilegales, desde el siguiente año a la actualidad se ha mantenido relativamente constante, con un promedio anual de 250.000 personas expulsadas de sus territorios. Aún así, actualmente no se encuentran disponibles las cifras oficiales sobre las características sociodemográficas de la población desplazada en Colombia incluidas en el RUPD.” RUSCHEINSKY, A.; BALTZAR, E. N. Los desplazamientos forzados como riesgos sociales asociados a las condiciones de la violencia política en Colombia. *Sociologías*, n. 34, p. 159, 2013.

¹⁴⁷⁷ Los despojos son la compra de la tierra a aquellos que están en situación de vulnerabilidad. El informe final de la Comisión de la Verdad de Colombia se queja de que el despojo no es delito, ni aparece como violación de los derechos humanos. El capítulo que trata el tema, en el Volumen 04, presenta un título aclarador: “O me vende Usted o la compro a la viuda”. Así, el Informe define la dificultad: “La ley de víctimas y restitución de tierras definió el despojo como «la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia». Esa ley concibe como responsables del despojo tanto a «[...] la persona que priva del derecho de propiedad, posesión, ocupación o tenencia del inmueble, como [...] quien realiza las amenazas o los actos de violencia, según fuere el caso» Sin embargo, los responsables del despojo gozan por lo general de impunidad, en tanto no existe dicho delito en la legislación colombiana”. Informe Final, Vol. IV, p. 438, disponible en <https://www.comisiondelaverdad.co/>

2002, se estableció una zona desmilitarizada para facilitar las negociaciones. Todos estos intentos fracasaron, de un modo u otro¹⁴⁷⁸.

El documento que nos interesa aquí data de 2016. El Acuerdo de Paz¹⁴⁷⁹, firmado entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP (nominalmente, entre el presidente Juan Manuel Santos y el comandante de las FARC, Rodrigo Londoño, conocido como Timochenko), representa un nivel mucho más avanzado de estudios sobre el perdón y la superación de conflictos. Los esfuerzos realizados por juristas de todo el mundo, especialmente los de aquella nación, para llevar a cabo un perdón condicionado deben ser valorados en este análisis.

El Acuerdo dio lugar a un documento de 300 páginas que, aunque de difícil interpretación, sentó las bases efectivas para la justicia restaurativa: los cuatro pilares de verdad, justicia, reparación y no repetición constituyen hoy en día una doctrina indiscutible, confirmando las directrices previas de la ONU. Aunque el núcleo del presente estudio sean los cambios derivados del perdón penal, es importante destacar que este no es el único compromiso del documento¹⁴⁸⁰. La Reforma Rural Integral, la integración política de las FARC, las garantías para el fin del conflicto e, incluso, la sustitución de los cultivos ilícitos de coca para el desarrollo de alternativas económicas rurales están contempladas en el Acuerdo.

Como se ha analizado al inicio de este capítulo, el modelo de justicia transicional colombiano se basa en un enfoque de inspiración social, que trasciende la primera concepción liberal. Es decir, intenta ir más allá del castigo, aunque con una disminución o anulación de la justicia penal en ciertos casos.

En cuanto a sus sanciones, no es exagerado afirmar que se trata de un perdón general que, sin embargo, conlleva una pena para los involucrados. Esta pena,

¹⁴⁷⁸ Estos intentos están narrados tanto en la página de la Fundación Paz y Reconciliación (pares.com.co), como de la fundación crisis (www.crisisgroup.org).

¹⁴⁷⁹ Su nombre completo es "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera". El documento integral está disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf

¹⁴⁸⁰ Véase Punto Cuatro del acuerdo: "Que como consecuencia de todo lo anterior es necesario diseñar una nueva visión que atienda las causas y consecuencias de este fenómeno, especialmente presentando alternativas que conduzcan a mejorar las condiciones de bienestar y buen vivir de las comunidades — hombres y mujeres— en los territorios afectados por los cultivos de uso ilícito; que aborde el consumo con un enfoque de salud pública y que intensifique la lucha contra las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, incluyendo actividades relacionadas como las finanzas ilícitas, el lavado de activos, el tráfico de precursores y la lucha contra la corrupción, desarticulando toda la cadena de valor del narcotráfico". Idem nota anterior.

considerando la gravedad de los delitos, resulta aparentemente simbólica. Se trata de una sanción de entre cinco y ocho años, que puede implicar restricciones de libertad, pero que en ningún caso conlleva privación total de la misma, es decir, pena de prisión¹⁴⁸¹. Según el documento, las sanciones tienen como “finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz”¹⁴⁸². Además, deben poseer el mayor carácter restaurativo y reparador del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga “[...] mediante declaraciones individuales o colectivas”¹⁴⁸³. Se observa aquí, una vez más, cómo la revelación de la verdad está vinculada al perdón. La razón utilitaria de esta revelación será abordada más adelante.

Dado que se trata de un fenómeno reciente, que prevé acciones estatales a largo plazo, la aplicación de las sanciones y las declaraciones sigue en curso¹⁴⁸⁴. Es cierto que ya se ha presentado el *Informe Final de la Comisión de la Verdad*, el 28 de julio de 2022, oficialmente entregado por el entonces presidente de la República, Iván Duque¹⁴⁸⁵. Se trata de un documento extenso, del cual se ofrece aquí una breve reseña con un propósito

¹⁴⁸¹ Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición. Item 60, página 164 del Acuerdo, en la versión del PDF oficial.

¹⁴⁸² Es interesante que el referido Acuerdo haya afirmado que la condición de “no repetición” se alcanza con la implementación de las reformas allá establecidas. En sus palabras exactas: “El fin del conflicto y la implementación de las reformas que surjan del Acuerdo Final, constituyen la principal garantía de no repetición y la forma de asegurar que no surjan nuevas generaciones de víctimas.”, p. 124. Esa idea de no repetición está muy cerca de lo que era el perdón judaico. En la obra de Nussbaum “But confession is only a first step. The sinner must then take steps to chart a course that will avoid the sin in the future. This course must begin with sincere regret and a commitment not to repeat the sin. God “discerns all hidden things,” and yet the statement of regret should also be made verbally (publicly if another person is involved, secretly if only God is involved)”. NUSSBAUM, M. *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*. New York: Oxford University Press, 2016, p.

¹⁴⁸³ *Idem*: Item 60, página 164 del Acuerdo, en la versión del PDF oficial.

¹⁴⁸⁴ Las estadísticas de producción de la Justicia Especial para la Paz en Colombia se actualizan siempre en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Estadisticas.aspx>.

¹⁴⁸⁵ El informe tiene 11 volúmenes, algunos de ellos con varios volúmenes. Sólo para documentar, así se intitulan los volúmenes: Tomo 1. Convocatoria a la paz grande: declaración de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición -- Tomo 2. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia -- Tomo 3. No matarás: relato histórico del conflicto armado interno en Colombia -- Tomo 4. Hasta la guerra tiene límites: violaciones de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y responsabilidades colectivas -- Tomo 5. Sufrir la guerra y rehacer la vida: impactos, afrontamientos y resistencias -- Tomo 6. Cuando los pájaros no cantaban: historias del conflicto armado en Colombia, tomo testimonial -- Tomo 7. Mi cuerpo es la verdad: experiencias de mujeres y personas LGBTIQ+ en el conflicto armado -- Tomo 8. No es un mal menor: niñas, niños y adolescentes en el conflicto armado -- Tomo 9. Resistir no es aguantar: violencias y daños contra los pueblos étnicos de Colombia -- Tomo 10. La Colombia fuera de Colombia: las verdades del exilio -- Tomo 11. Colombia adentro: relatos territoriales sobre el conflicto armado -- Tomo 11. vol. 1. Ensayo introductorio -- Tomo 11. vol. 2. Amazonía -- Tomo 11. vol. 3. Antioquia, sur de Córdoba y Bajo Atrato chocoano -- Tomo 11. vol. 4. Caribe -- Tomo 11. vol. 5. Eje Cafetero -- Tomo 11. vol. 6. Frontera nororiental -- Tomo 11. vol. 7. Magdalena Medio -- Tomo 11. vol. 8. Nariño y sur de Cauca -- Tomo 11. vol. 9. Orinoquía -- Tomo 11. vol. 10. Pacífico -- Tomo 11. vol. 11. Región Centro -- Tomo 11. vol. 12. Valle y norte del Cauca -- Tomo 11. vol. 13. Dinámicas urbanas de la guerra -- Tomo 11. vol. 14. El campesinado y la guerra. Todos esos volúmenes se encuentran disponibles en: <https://www.comisiondelaverdad.co/>

muy claro: desvelar la razón por la cual se aceptó el perdón para delitos de tal gravedad¹⁴⁸⁶.

Entre los 12 tomos y 24 volúmenes del documento, destaca el Tomo 4, titulado *Hasta la guerra tiene límites*. El hecho de que se denomine el conflicto como "guerra" y, aun así, se mencione el *jus in bello*, como se ha señalado previamente, no es una coincidencia: la Comisión interpretó el conflicto como una guerra. Sin embargo, lo que aquí interesa es describir su intensidad, lo que se logra con la mera exposición de los diversos delitos cometidos.

Bajo el subtítulo "*Entré en pánico. Y después no sabía dónde estaba*", el informe aborda en primer lugar las detenciones arbitrarias, llevadas a cabo por el gobierno (pp. 263 y ss.), incluso bajo orden judicial (p. 272). Hasta la fecha, "541 personas relataron hechos de detenciones arbitrarias" (p. 282). El capítulo destinado a la tortura es particularmente impactante (pp. 283 y ss.) y, además de señalar la dificultad de obtener relatos sobre los malos tratos, documenta **2.365 víctimas** de estos delitos (p. 284), cometidos por "grupos guerrilleros, grupos paramilitares, miembros de la fuerza pública y otros agentes del Estado", con una crueldad que excede los límites de lo que puede trasladarse al presente texto¹⁴⁸⁷. La violencia sexual, que lamentablemente es común en conflictos prolongados, también ocupa un espacio relevante en el informe. Según el documento: "*El cuerpo de las víctimas se transformó en un campo de ejercicio de poder violento y su apropiación se convirtió en una estrategia de guerra*" (p. 319). Una de las víctimas, una mujer sometida a múltiples abusos, relata al final: "*Me hice mi baño, me*

¹⁴⁸⁶ Como suele ocurrir en estos casos, el bajísimo éxito de los miembros de las Farc en las elecciones del 2018 demuestra que su pretendida aceptación popular existía a causa de la fuerza. Véase: "Aunque las provisiones políticas para el acceso transitorio de la FARC a curules en el Congreso resultaron razonables para lograr una salida negociada a la guerra, la baja votación por el nuevo partido revela un futuro incierto para su continuidad, a pesar de las oportunidades electorales establecidas por el Acuerdo de Paz" CABRERA, I. A.; ECHANDÍA CASTILLA, C. Retos institucionales y no institucionales para el partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC) en las elecciones legislativas de 2018. *Estudios Políticos*, Medellín, n. 56, p. 92-121, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n56a05>.

¹⁴⁸⁷ Aunque no sea espacio para la reproducción de actos de tortura, la pregunta aquí planteada, sobre cómo se ha permitido un perdón en esas circunstancias obliga al menos a documentar una de esas descripciones. Aquí sigue un relato de tortura confesadamente cometida por integrantes de la Infantería de la Marina, en 1991: "Me bajaron del burro, me quitaron la ropa, en ropa interior, me acostaron bocarriba, empezaron a brincar arriba de mí, me partieron las muelas con el cañón del fusil. ; eso fue a las seis de la mañana. Me capturaron, me metieron dentro del monte, me soltaron a eso de las cinco de la tarde, me trataban de guerrillero, que a dónde está la guerrilla, malparido. Les dije: 'Yo no sé dónde están, si yo supiera, yo les dijera pa que me dejaran en paz'. Entonces me cogen en la cara, me metieron la cabeza entre una bolsa plástica, me tapaban la nariz y me colgaron con una cuerda en un árbol. Con una bolsa y del cuello caí asfixiado, entonces me daban oxígeno, boca a boca. Ellos mismos y me levantaron a patadas ahí; deme pata y deme pata y me metieron el cañón del fusil adentro en la boca, que me hicieron vomitar", *Idem*, Tomo IV, p. 299.

bañé con agua caliente, me quería arrancar el cuerpo” (p. 321), reflejando la humillación extrema derivada de las violaciones. El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes (p. 345 y ss.) fue también una práctica extendida, con cifras alarmantes¹⁴⁸⁸. El informe documenta asimismo casos de trabajos forzosos; aunque no es posible determinar su magnitud con exactitud, se registraron **380 hechos** (p. 376), incluyendo situaciones en las que personas fueron obligadas a realizar tareas de alto esfuerzo físico, como la construcción de vías o el traslado y ocultamiento de cadáveres de la guerrilla (p. 378).

Los despojos y desplazamientos forzados, previamente mencionados, alcanzaron cifras extremas: entre 1985 y 2019, el país contabilizó **casi ocho millones de desplazados**, una cifra superior a la población total de la capital, Bogotá¹⁴⁸⁹. *“Esto ha llevado”*, señala el informe, *“a reconocer a Colombia como uno de los países con más desplazados forzados del mundo”* (p. 402).

El documento menciona muchas otras atrocidades cometidas durante el conflicto, pero aunque esto represente solo una pequeña parte de la realidad del país, es suficiente para el análisis en este punto.

El Acuerdo de La Habana obliga a plantear cuestiones esenciales en este trabajo, debido a sus consecuencias directas en la interpretación del perdón al delator. Es lo que se hace a continuación.

7.6 Contrastes en la aceptación internacional del perdón

La cuestión principal que debe plantearse es el motivo por el cual la comunidad internacional, incluida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condena tan vehementemente la amnistía y el perdón en casos de violaciones de derechos humanos, como en la transición de Brasil o incluso Perú, mientras celebra la conquista de la paz en situaciones como la transición de Sudáfrica tras el apartheid o el Acuerdo de La Habana, que resultó en el fin de las FARC-EP.

¹⁴⁸⁸ “Hasta 2017 se registraron alrededor de 16.238 víctimas de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes (de los identificados, al menos 11.314 eran niños y 4.924 niñas) a lo largo del país”, *idem*, tomo IV, p. 345.

¹⁴⁸⁹ “Según la integración de datos del proyecto conjunto JEP-CEVHRDAG, entre 1985 y 2019 se registraron 7.752.964 personas desplazadas: es como si la totalidad de habitantes de Bogotá, la capital de Colombia y la ciudad más poblada del país, se desplazaran forzosamente” *Idem*, tomo IV, p. 402.

Existen varias hipótesis que pueden explorarse para responder a esta cuestión. No se descarta la posibilidad de que haya posiciones de poder económico o ideológicas involucradas, como en el caso de los perdones a los afrikaners o los abusos de las FARC, respectivamente. Esta distorsión en la aproximación a distintos grupos y países es, desafortunadamente, un fenómeno común en la llamada "justicia" internacional, que con frecuencia refleja más aspectos geopolíticos que un efectivo ejercicio del Derecho¹⁴⁹⁰.

También es posible que las negociaciones internacionales que precedieron a los casos de Sudáfrica y Colombia no solo hayan permitido persuadir a la comunidad internacional sobre los beneficios de la amnistía, sino que además hayan preparado un discurso de justificación más eficaz para la aceptación de los términos. Así, por ejemplo, el Acuerdo de La Habana incluye, casi como un lema introductorio, la afirmación de que "no se va a intercambiar impunidades"¹⁴⁹¹, lo cual no parece corresponder exactamente con lo observado en la práctica. En otras palabras, hay impunidad recíproca¹⁴⁹².

Sin embargo, desde la perspectiva aquí asumida, ese discurso puede caracterizarse como un resultado secundario de una causa más determinante: la realidad de que las amnistías y los perdones eran imprescindibles para conseguir la paz y hacer efectiva la transición, ya que los grupos que se beneficiaron de estas medidas no habrían aceptado abandonar su posición de enfrentamiento sin la renuncia a la aplicación del derecho penal a los crímenes de lesa humanidad cometidos¹⁴⁹³.

¹⁴⁹⁰ Se trata del principio de que Desmond Tutu ya narraba, al abordar la justicia transicional en Sudáfrica: "It is also not true that the granting for amnesty encourages impunity in the sense that perpetrators can escape completely the consequences of their actions, because amnesty is granted only to those who plead guilty, who accept the responsibility for what they have done. Amnesty is not given to innocent people or to those who claim to be innocent. It was on precisely this point that amnesty was refused to Steve Biko. They denied that they had committed a crime, claiming that they had assaulted him only in retaliation for his inexplicable conduct on attacking them. Thus the process in fact encourages accountability rather than the opposite. It supports the now culture of respect for human rights and acknowledgment of responsibility and accountability by which the now democracy wishes to be characterised." TUTU, D. M. *No future without forgiveness*. London: Random House, 1999, p. 91-92.

¹⁴⁹¹ "Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades". Colombia, «Acuerdo Final», p. 124.

¹⁴⁹² Son pocos los autores que consideran específicamente las condiciones de cada país y sus posibilidades de alcanzar la paz en cada momento. Llewellyn, por ejemplo, distingue entre comisiones de la verdad que implementan plenamente la justicia restaurativa y otras que no pueden llegar a tanto. Así, al referirse directamente a Sudáfrica, generaliza una interesante regla según la cual: "If they are to comprehend the nature of the harms to relationships and how to address them, restorative justice-based truth commissions should be homegrown – developed through a process that includes all the parties concerned." LLEWELLYN, J., Truth commissions and restorative justice, in: JOHNSTONE, G. and. Van Ness, D., *Handbook of restorative justice*, Devon: Willian Publishing, 2009, p. 363

¹⁴⁹³ Así, aunque se exija siempre la racionalidad en los perdones, Iglesias Río compara algunas situaciones con un supuesto de estado de necesidad colectivo, porque "no puede objetarse la constitucionalidad de una medida de amnistía, confiada por el poder legislativo, cuando se trata de alcanzar fines necesarios de

En este sentido, por ejemplo, el Informe Final de la Comisión de la Verdad de Colombia narra, con intenciones bastante evidentes, cómo fracasaron los intentos de alcanzar un acuerdo con las FARC, el ELN y demás insurgencias, agrupadas bajo el nombre de Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB), que proponían una "tregua unilateral"¹⁴⁹⁴. En resumen, tras no llegarse a un acuerdo entre el Gobierno y la CGSB en 1991-1992, el líder de las FARC, Alfonso Cano, pronunció una frase célebre: "*Nos vemos dentro de diez mil muertos*"¹⁴⁹⁵. Resulta interesante analizar cómo el informe presenta este episodio, respaldando la "visión de futuro" de Cano, quien fue uno de los principales ideólogos de las FARC. Según el informe: "Su cálculo fue conservador. Antes de volver al diálogo, Colombia sumaría no miles, sino millones de víctimas" ¹⁴⁹⁶.

En otras palabras, aunque la justicia internacional postule la punición como garantía de no repetición, está claro que la justicia transicional opera en contextos de rendición. Esta rendición fue ampliamente documentada en ambos casos estudiados aquí, y se construyó un discurso que negaba la impunidad y promovía la consolidación de la paz, lo cual fue aceptado por la comunidad internacional. En otros casos, en los que la

pacificación, en supuestos de verdadero estado de necesidad para la convivencia; tal sería el caso de 'tiempos convulsos', por seguir la expresión de Merten" IGLESIAS RÍO, M. A., Ejercicio de la potestad de la gracia y postulados del Estado de Derecho, In: : GÓMEZ TOMILLO, M.; *et al.* (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025, p. 276

¹⁴⁹⁴ Así, narrando los encuentros de 1991, que fracasaron "Sin embargo, ese primer encuentro no terminó de buen ánimo. El Gobierno exigió un cese del fuego con previa localización de los frentes guerrilleros, mientras que la CGSB planteó que el cese debía ser bilateral con una posterior y progresiva localización de los frentes. En palabras del excomandante del ELN Carlos Arturo Velandia, «para el Gobierno la desmovilización era el comienzo y para la Coordinadora Guerrillera era el final»⁷⁶². Así mismo, mientras el Gobierno planteaba que la tregua debía ser unilateral, la insurgencia alegaba que esta debía ser bilateral" Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No-repetición, Tomo III, , p. 262.

¹⁴⁹⁵ Véase referencia a ello en: https://port.pravda.ru/mundo/41882-alfonso_cano/ También está en <https://indepaz.org.co/nos-vemos-dentro-10-000-muertos/>

¹⁴⁹⁶ Es relevante ver cómo el Informe describe el hecho, además de amalgamar las negociaciones de Paz con la evolución de los cárteles de droga de Colombia. Todo ello daría lugar a una serie de consideraciones de cómo el informe intenta convencer al lector sobre la oportunidad y conveniencia del perdón. Pero aquí no se va a desarrollar esa cuestión específica, incluso porque ella implicaría distinto método investigativo, en elemento de análisis del discurso. De todos modos, es importante documentar, para un futuro estudio: "Al despedirse del Gobierno, Alfonso Cano dijo una frase ampliamente registrada por los medios: «Nos vemos dentro de diez mil muertos». Pero su cálculo fue conservador. Antes de volver a un diálogo Colombia sumaría no miles sino millones de víctimas. En el interregno de la crisis de los diálogos, el 22 de julio de 1992 Pablo Escobar se fugó de la cárcel La Catedral, arreció la guerra contra el Estado y contra narcotraficantes tanto de los cárteles de Cali como sus antiguos socios del Cartel de Medellín. Los organismos de seguridad, en particular el DAS y la Policía, se lanzaron a una alianza con los enemigos de Escobar y por esta vía los convirtieron en un aparato paramilitar sin precedentes en Colombia. Entre tanto, el ELN se desplegó a lo largo de los territorios de influencia de los oleoductos, empeñado en su propuesta de poder popular. Las FARC-EP reorganizaron su fuerza para encarar una guerra por el control del territorio, por lo que retomaron y detallaron su plan estratégico en su Octava Conferencia, realizada en 1993 en los Llanos del Yari". Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No-repetición, Tomo III, p. 263-264.

comunidad internacional no estuvo tan involucrada en la negociación de los términos de paz, no se logró superar la impresión de que se trataba de una **autoamnistía**¹⁴⁹⁷.

Pero también existe un sesgo ideológico, particularmente en el caso colombiano, si se compara con el rechazo internacional del perdón en Uruguay, Brasil o Perú. El peligro de una intervención ideológica en la reinterpretación de las decisiones sobre el perdón es considerable, y la arbitrariedad en su aplicación representa una amenaza tangible. Lamentablemente, la transferencia de este riesgo a la delación premiada es inminente.

De manera similar a la delación premiada, el amnistiado en estos casos equivale al "amigo del Estado", aquel que se ha arrepentido y, por lo tanto, merece el perdón bajo un cálculo utilitario. En otros contextos, aunque la situación sea análoga (autoamnistía para miembros del Estado y amnistía para grupos opositores que también cometieron violaciones de derechos humanos), el discurso de la paz no fue aplicado con la misma efectividad. Una vez más, estamos ante un caso de construcción narrativa, en el que el perdón se presenta como la única solución viable a un conflicto prolongado, lo que, en el análisis aquí postulado, guarda una coincidencia parcial con la función del derecho penal: ofrecer una respuesta a la expectativa de solución de un conflicto.

Desde la posición asumida en este texto, los informes de las Comisiones de la Verdad cumplen funciones más amplias. Además de su objetivo declarado de preservar la memoria histórica y de presentar un arrepentimiento normativo¹⁴⁹⁸, buscan demostrar

¹⁴⁹⁷ Brasil intentó argumentar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que su amnistía post-dictadura militar fue un acuerdo mutuo, pero se la tesis se rechazó. Léase el párrafo 175 de la ya comentada Sentencia de la Guerrilla del Araguaia, de 24 de noviembre del 2010: "175. En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un "acuerdo político", la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (*supra* párr. 171), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas "autoamnistías". Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar 252. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención".

¹⁴⁹⁸ Las concepciones más contemporáneas del perdón alcanzan la importancia de esa narrativa exhaustiva de los hechos. Griswold, por ejemplo, en un intento de sistematizar el perdón, diseña seis requisitos, entre los cuales está, tal vez como más crucial, "ofrecer una narrativa que explique cómo llego a la falta y cómo ese hecho que cometió no representa la totalidad de su persona. "offer a narrative accounting for how she came to do wrong, how that wrongdoing does not express the totality of her person, and how she is becoming worthy for approbation" GRISWOLD, C. L. *Forgiveness: a philosophical exploration*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 250.

la magnitud del conflicto: cuanto más cruel y prolongada sea la guerra que se intenta cerrar, más utilitario será el perdón.

7.7 Camino hacia lo positivo

El análisis histórico ha demostrado que la justicia transicional, a pesar de las objeciones de organismos internacionales que insisten en la aplicación de penas integrales en países menos favorecidos, se orienta hacia una práctica evidente de perdón¹⁴⁹⁹. Si el Tribunal de Núremberg consiguió su escala de venganza con castigos ejemplares, las transiciones en Sudáfrica, Brasil y Colombia, mucho más realistas respecto a la necesidad de cerrar ciclos —que, al fin y al cabo, es la esencia de la transición—, han aplicado el perdón de manera amplia.

Hacer todo lo posible para evitar una percepción generalizada de injusticia no implica satisfacer a todas las fuerzas sociales involucradas en el proceso, sino minimizar esa sensación, garantizando al mismo tiempo que las agresiones no se repitan. En este sentido, las amnistías **totales** (Brasil/Sudáfrica) lograron que los regímenes ofensores de los derechos humanos (la dictadura militar y el *apartheid*, respectivamente) no retornaran. Si bien persisten tendencias hacia el totalitarismo y la supresión de garantías democráticas —aunque a menudo sobredimensionadas por ciertos sectores políticos—, no hay evidencia de que estén relacionadas con el perdón transicional. Por el contrario, dicho perdón permitió que las fuerzas antes enfrentadas convivieran en equilibrio y paz durante décadas, lo que ha facilitado que, al menos en los casos de Brasil, Argentina y Uruguay, las nuevas generaciones superen las diferencias y el rescate histórico de las contiendas sea llevado a cabo por quienes no vivieron las guerras y dictaduras que afirman combatir.

¹⁴⁹⁹ Es evidente la estrategia: los países menos favorecidos deben sacrificar su futuro, su estabilidad y, en muchos casos, su economía para que la aplicación de la pena funcione como prevención general para otras naciones. La paz interna de un país con escaso poder resulta menos relevante que el mensaje de punición que se transmite a la comunidad internacional, en una práctica claramente utilitaria. En ese sentido, se adopta una toma de posición frente a la tan compleja pregunta que plantea Lascuraín. “Esta diferencia entre lo sucedido en España, o en la República de Sudáfrica a principios de los noventa, por poner un segundo ejemplo de amnistía mayoritariamente evaluada como positiva, y la experiencia de política penal de transición en Uruguay, Perú, Argentina o Chile —en cada caso con los matices correspondientes— mueve a preguntarnos por qué la amnistía funciona algunas veces y otras no; por qué a veces la percibimos como legítima, y otras no; por qué a veces la amnesia, el olvido penal de los crímenes, hace más fuerte a un pueblo, y otras veces, en cambio, actúa como una estorbante cuña en el nuevo proyecto social”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (sobre los límites de la amnistía), *Revista digital de la maestría en ciencias penales-UCR*, número 5, 2013, p. 228.

Por ello, la justicia transicional contemporánea es un ejemplo de perdón, aunque condicionado. En este marco, el elemento de punición (denominado posteriormente "justicia" como subconjunto de la "justicia transicional") forma parte de un contexto mayor. Esto implica que, aunque no se enuncie explícitamente, las amnistías o la imposición de penas siempre más leves que la privación de libertad (como en el caso de Colombia) representan un fragmento menor del derecho penal dentro del esquema de perdón. Los cuatro elementos de la justicia transicional, con todas sus complejidades, también son elementos del perdón.

La aproximación entre la justicia transicional y las medidas de premio por la delación refuerza la hipótesis aquí planteada de que subyace una tendencia al conflicto, a la que denominamos "combate", tanto como causa como razonamiento implícito. **Verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición** aparecen en ambos mecanismos. Encontrar una correspondencia directa entre estos institutos para utilizarlos como baremo de disminución de pena al delator sería una estrategia definitiva, pero existe un obstáculo: aunque la justicia transicional cuenta con elementos teóricos muy consolidados, estos no se confirman plenamente en su aplicación práctica, especialmente en los casos paradigmáticos de las naciones. Por lo tanto, antes de establecer esa correspondencia, sería necesario definir cuáles serían dichos baremos, logrando un equilibrio entre la "justicia" (entendida como parte del marco teórico) y el perdón en la práctica de las transiciones.

De este modo, la primera cuestión es determinar cuánto de "justicia" (entendida como punición) es necesario en tiempos de paz y, en segundo lugar, cuál es el valor de la verdad cuando se trata de la confesión y revelación íntegra de los hechos (*full disclosure*)¹⁵⁰⁰ por parte de un delator. Paralelamente, debe analizarse la utilidad de esa verdad para la persecución penal y la forma en que la reparación puede concebirse como un efecto secundario de la pena.

No obstante, el aspecto más relevante es la garantía de no repetición, que debe entenderse en dos niveles: a nivel *individual*, en la delación premiada, la garantía de no repetición se encuentra en los compromisos del delator de no reincidir, abandonando su

¹⁵⁰⁰ El 'full disclosure', hoy utilizado más ampliamente en leniency programs y compliance, es un término original de la *Game Theory*. Como aquí se ha dicho, aunque no aplicable totalmente a la delación, como vocabulario técnico la teoría de juegos tiene excelente aplicación. Para una demostración matemática de la *full disclosure*, especialmente en Bayesian Games, véase: CATONINI, E.; STEPANOV, S. *On the Optimality of Full Disclosure*. SSRN, [s/l], 2023. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4354456>.

vínculo con el grupo criminal; a nivel *general*, la no repetición radica en la información proporcionada sobre terceros para prevenir la comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza.

Es precisamente en esta garantía de no repetición general donde se encuentra la principal diferencia entre la delación premiada y la justicia transicional. Mientras que la justicia transicional parte de una expectativa más firme (aunque jamás absoluta) de que no habrá repetición, dado que se asocia con una paz duradera, en la delación premiada la no repetición, concebida como la disolución de un grupo criminal, es considerablemente más incierta. Sin embargo, si no existiera la posibilidad de que la información proporcionada por el delator contribuyera a evitar la continuidad del delito, esta práctica carecería de legitimidad.

Por otro lado, la inocuización del delator constituye una garantía individual de no repetición, dado que, en términos generales, la reducción de la pena está condicionada a pruebas de abandono de la actividad delictiva. En algunos sistemas, como el español, se exige incluso una controvertida "*declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas*" por parte del grupo.

El sistema anglosajón, en cambio, ha optado por asumir que el combate contra el crimen es un proceso prolongado y, en consecuencia, ha modificado el vector de algunos de sus instrumentos de lucha en una dirección más pragmática: en lugar de priorizar la inocuización y el castigo, ha promovido la cooperación y el perdón. Este enfoque ha dado lugar a una serie de mecanismos despenalizadores, tales como los *leniency programs*, la *enforced self-regulation*¹⁵⁰¹ en casos de grandes corporaciones y la delación premiada,

¹⁵⁰¹ El concepto surge con Braithwaite: "Self-regulation, whether or not fortified with the refinements proposed by this Article, is an attractive alternative to direct governmental regulation because the state simply cannot afford to do an adequate job on its own. Fiscal pressures invariably prevent governmental inspectors from regularly checking every workplace for occupational safety offenses, environmental quality lapses, crooked bookkeeping, or faulty product design". BRAITHWAITE, J. Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. *Michigan Law Review*, v. 80, n. 7, 1982, p. 1467. Para las conocidas pirámides regulatorias del autor, consúltese BRAITHWAITE, J. *Restorative Justice & Responsive regulation*, NY: Oxford University Press, 2002, pp. 31-32. En España, otros autores siguen la aplicación de la *enforced self-regulation*. Así Zugaldía, quien explica que "*la empresa se autoimpone una serie de obligaciones para dar satisfacción a las normas*". ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 97. También Rodríguez García notará que "vivimos momentos de cambio en los que algunas de las decisiones normatizadas que se toman vienen a significar, al menos implícitamente, que el Estado se siente desbordado e incapaz de llevar por sus instituciones el control de todas las conductas sociales divergentes; v. gr., por medio de los programas de cumplimiento normativo" RODRÍGUEZ GARCÍA, N. El fomento europeo de los alertantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa, *La Ley - compliance penal*, 16, 2024, p. 05 En sentido paralelo, Neira Pena: "La autorregulación se justifica, esencialmente, en la incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos

entre otras medidas adoptadas especialmente en el ámbito de la delincuencia organizada. Aunque este modelo no resuelve todas las tensiones que plantea la justicia premial para delatores, al menos legitima un derecho basado en el incentivo y la colaboración.

En cualquier caso, los pilares de la teoría contemporánea de la justicia transicional coinciden con los de la delación premiada: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Es lo que se expone a continuación.

7.8 Transición como base teórica para la delación premiada contemporánea

Como se ha señalado, la justicia transicional representa el enfoque más avanzado en términos de perdón dentro del ámbito jurídico contemporáneo. Aunque persista una resistencia en los discursos internacionales a reconocerlo plenamente dentro de la teoría, en la práctica todos los requisitos de la justicia transicional convergen hacia el perdón a los aliados del nuevo Estado. En este esquema, la justicia penal es solo uno de los elementos fundamentales, junto con la verdad, la reparación y la garantía de no repetición.

Desde una perspectiva de proporcionalidad intuitiva, la disminución de la pena encuentra su legitimidad: no se trata de un elemento aislado, sino de un componente dentro de un conjunto de cuatro pilares, articulados de manera equitativa.

No son necesarios grandes esfuerzos argumentativos para identificar la aproximación entre los elementos de la justicia transicional y la práctica de la delación premiada. En esta última, la *verdad* es un requisito explícito o implícito: el reconocimiento de los propios hechos constituye la primera etapa esencial. Se trata de la confesión o autodelación, que sitúa al individuo en la condición de potencial delator. Esto ocurre bien porque tiene la condición de reo —pues, si no ha cometido delitos, a lo sumo podría ser testigo—, o bien porque cumple los requisitos para asumir la condición de delator *stricto sensu* (heterodelator), como en el caso de la pertenencia a una organización criminal.

creados por la sociedad post-industrial moderna”. NEIRA PENA, A.M. Editorial para el dossier “Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales”: Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, v. 9, n. 2, p. 503-544, mai.-ago. 2023, p. 505.

Asimismo, la reconstitución de la verdad de los hechos es fundamental para dotar de coherencia al cuadro probatorio, permitiendo determinar si el delator está protegiendo a sus aliados y acusando a terceros —falsamente o no—, además de otras cuestiones clave sobre la fiabilidad de la prueba.

En cuanto a la *justicia*, esta se manifiesta en la aplicación de la pena. Sin embargo, aquí surge un problema de identificación y, como ya se ha señalado, de terminología. Si se concibe la aplicación de la pena conforme a los baremos tradicionales del Código Penal, se perdería completamente el sentido de transición. Por lo tanto, es necesario comprender que esta “justicia” en realidad se traduce en una pena reducida, si se compara con las sanciones previstas en el ordenamiento penal ordinario.

No obstante, esta caracterización sigue siendo insuficiente. En países como Sudáfrica o Brasil, la justicia transicional impuso una amnistía sobre delitos que, en otro contexto, habrían sido objeto de sanciones específicas, del mismo modo que ocurrió en la transición española. En Colombia, sin embargo, donde los pilares de la justicia transicional ya estaban plenamente vigentes, la pena no se determinó en proporción con el Código Penal, sino conforme a criterios diferenciados que, aunque inspirados en sanciones penales, se alejan considerablemente de ellas.

Así es como, en Colombia, las penas impuestas dentro del marco de la justicia transicional se limitaron a ocho años de *restricción* de la libertad (jamás *privación* de la misma), estableciendo un precedente en el que la sanción se configura bajo parámetros propios de un modelo restaurativo¹⁵⁰². Esa falta de correspondencia entre la ‘justicia’ como elemento de la justicia transicional y la punición penal es una característica esencial para las conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la delación premiada.

La *reparación* también es un elemento de la justicia transicional que encuentra correspondencia con la delación. Cabe señalar que, en el derecho penal ordinario, la reparación es una consecuencia de la sentencia condenatoria. Sin embargo, cuando su posición cambia y pasa de ser una consecuencia final a un requisito inicial, se le otorga un papel destacado.

¹⁵⁰² Las sanciones específicas están recogidas en el Capítulo 5.1.2.1 del acuerdo, que trata sobre las sanciones aplicables según la colaboración de los responsables. Este apartado describe las reglas sobre las sanciones restaurativas y privativas de la libertad dependiendo de si se confiesa la verdad de manera temprana, parcial o no se colabora con el proceso. La Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía), también regula las condiciones de las penas y las reglas de la justicia transicional.

En este contexto, la obligación de reparar el daño, que en el derecho penal es un efecto automático de la sentencia, puede quedar incumplida por el condenado. En contraste, en la delación premiada, quien no repara el daño no tiene derecho a que se le conceda el beneficio de la disminución de la pena. En las legislaciones que prevén preacuerdos de delación premiada, el premio solo se otorga cuando se constata el cumplimiento de la reparación del daño, entre otros requisitos. De manera similar, las figuras del perdón condicionado, analizadas en el capítulo anterior, también exigen la reparación. La mirada contemporánea del derecho penal, con un enfoque más centrado en la víctima, otorga a la reparación un papel central, generando un proceso de compensación natural frente a la disminución de la pena.

La garantía de no repetición, que en la justicia transicional se presenta como una condición colectiva del perdón, aparece igualmente en la delación premiada. La no repetición es parte esencial del perdón, aunque, en sus abordajes más filosóficos, se exprese a través del concepto de arrepentimiento.

Como se ha tratado en el capítulo anterior, la exigencia del arrepentimiento, en el derecho penal, representa una invasión indebida en la subjetividad, ya que jamás puede ser objeto de una comprobación inmediata. Sin embargo, si el arrepentimiento no debe exigirse ni puede, por su naturaleza psíquica, verificarse, la no repetición tampoco es una certeza absoluta, ya que se basa en un evento futuro, meramente probable.

En la delación premiada, esta idea se traduce en un “arrepentimiento normativo”, es decir, en señales exteriores verificables que refuerzan la convicción de que no se repetirán acciones de la misma naturaleza que dieron lugar al beneficio del perdón. En otras palabras, la *no repetición* en la delación se configura como una garantía individual, ya que el delator debe demostrar su desvinculación de la práctica delictiva.

Con estos elementos, queda demostrado que si los pilares de la justicia transicional son, en la práctica, pilares del perdón, la disminución de la pena al delator también puede considerarse un acto de perdón. Sin embargo, esto no resuelve por completo las interrogantes planteadas en los capítulos anteriores. Aún es necesario determinar si la naturaleza jurídica de la delación es realmente el perdón.

Por lo tanto, quedan por identificar dos aspectos esenciales:

- (1) El momento en que la delación pasa a ser una figura de perdón;
- (2) la relevancia jurídica de dicho traslado al perdón.

7.9 ¿Pena como perdón o perdón con pena?

La aproximación del perdón, postulada en el capítulo anterior, se materializa en la justicia de transición, que se caracteriza por una punición teórica y, en la mayoría de los casos, un perdón práctico. Dada la estructura de esta y su comprobado paralelo con los requisitos de la delación premiada, surge necesariamente la siguiente interrogante: ¿La pena impuesta al delator, aunque disminuida con base en la pena *prevista* para el delito, corresponde a una reducción proporcional por los valores del comportamiento posdelictivo positivo? ¿O, por el contrario, se trata de un escenario más amplio, en el cual la pena *impuesta* es solo uno de los cuatro requisitos teóricos del perdón, es decir, la ‘justicia’ en sentido estricto?

La cuestión no es bizantina; al contrario, es parte esencial de un conjunto de preguntas fundamentales sobre la legitimidad del sistema. Si la pena del delator se reduce exclusivamente por criterios derivados de su comportamiento posterior, el cálculo partiría de la pena prevista y se le aplicaría una disminución proporcional en función del valor *a posteriori*.

En cambio, si se trata de un perdón, este sería otorgado por el juez en una situación transicional, en la que la punición impuesta no se justifica desde la pena prevista en el Código Penal, sino desde una perspectiva orientada al *fin del combate*. No se trata, pues, de un cálculo matemático basado en reglas penológicas fijas, sino de un proceso contextual.

La cuestión no puede resolverse cuantitativamente, como en la conocida paradoja del Barco de Teseo. No hay un punto exacto en el que se transite de pena a perdón, en términos de cantidad de castigo aplicado. Como se postulará en el próximo capítulo, la delación se fundamenta en una situación de combate, y el juez debe justificar su aplicación en función de ese combate. Cuanto más se pueda argumentar que existe un estado de lucha contra el crimen organizado, más se diluyen los valores de la retribución penal y se refuerzan los valores utilitaristas. En ese contexto, la pena pierde su conexión con el tipo penal y la culpabilidad, y se concibe cada vez más como un mecanismo para convertir al delator en aliado del Estado.

Desde esta perspectiva, se legitima el principio de que *el Estado es más fuerte cuando perdona*, como se ha postulado a partir de Séneca¹⁵⁰³. El elemento clave de esta construcción es la situación de excepcionalidad, que será abordada con mayor profundidad en el capítulo siguiente. La realidad del combate a la delincuencia organizada lleva al Estado a concebir su lucha no solo como una mera defensa del ordenamiento, sino como un esfuerzo político orientado a la conquista de estabilidad.

La política, en este contexto, es el motor que permite la transición, las excepciones y el perdón. Pero también es una gran fuente de desigualdad, vigilancia ideológica, injusticia histórica, prejuicios y, sobre todo, falta de estabilidad. En lugar de reafirmar el orden jurídico, el perdón lo niega, incumpliendo la norma secundaria, la previsión sancionadora al delito.

Este fenómeno es especialmente evidente en Latinoamérica. Como sostuvo un fallo paradigmático en Colombia¹⁵⁰⁴, la amnistía solo puede aplicarse a delitos políticos, lo que obliga a prestar especial atención a las múltiples formas de amnistías encubiertas que han surgido en diversas jurisdicciones.

¹⁵⁰³ Véase, atrás, 6.7

¹⁵⁰⁴ En la sentencia C-171 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte expresó: “La Constitución es clara en distinguir el delito político del delito común. Por ello prescribe para el primero un tratamiento diferente, y lo hace objeto de beneficios como la amnistía o el indulto, los cuales sólo pueden ser concedidos, por votación calificada del Congreso Nacional, y por graves motivos de conveniencia pública (art. 150 num. 17) o por el Gobierno, por autorización del Congreso (art. 201 num. 2). **Los delitos comunes en cambio, en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o de indulto. El perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al Gobierno autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado.** Constituye flagrante quebrantamiento de la justicia, y de la propia Constitución, el dar al delincuente común el tratamiento de delincuente político. La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de estirpe humanitaria, pero en ningún caso autoriza al legislador, ya sea ordinario o de emergencia para establecer por vía general un tratamiento más benigno para cierto tipo de delitos comunes, con exclusión de otros. El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus propios designios. La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia. Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes, y hasta de niños indefensos, **constituyen delitos de lesa humanidad que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos**”. Encontramos por primera vez la referencia a este fallo en MONROY CABRA, M. G. El perdón jurídico a la luz de la Constitución Colombiana y del Derecho Internacional. In: CHAPARRO, A. (org.). *Cultura Política y Perdón*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, p. 108 y ss.

El desafío, por tanto, radica en justificar la existencia del sistema sin generar un estado de anomia, es decir, sin permitir que el juez racionalice ex post sus decisiones con base en criterios de conveniencia, ignorando principios de equidad y coherencia normativa.

Cuanto más excepcional sea la situación, más se podrá recurrir a la doctrina contemporánea de la justicia transicional como baremo del perdón al delator. Todo ello, claro está, dentro de los límites sistémicos de la dogmática penal, cuya estructura se intenta preservar.

7.10 Conclusión

La aplicación del perdón por el Estado debe basarse en la doctrina de la justicia transicional contemporánea, que acumula una vasta experiencia sobre las condiciones a imponerse para que, al menos mínimamente, se mantengan los parámetros de los Derechos Humanos. La teoría de la justicia transicional, con todo, se enfrenta a la práctica, en la que el levantamiento de la pena se convierte en una condición para la preservación de la paz. Esto debería ser mejor comprendido por la crítica internacional que, al pretender construir reglas de prevención, no toma en cuenta la realidad interna de cada país.

No obstante, como regla general, se puede concluir a partir de la práctica que, cuanto mayor es el conflicto, más intensa es la necesidad de perdón, y ello resulta relevante para esta tesis. En la delación premiada, si se admite el realismo de un sistema de combate contra el delito, hay que aceptar que, cuanto más intenso es el combate, más el premio al delator deja de ser una simple disminución de pena y pasa, por su naturaleza, a convertirse en una concesión de perdón. Las implicaciones son significativamente distintas, pues ello exige modificaciones en la motivación y en el razonamiento del instituto. Motivación y razonamiento, como se señalará en el capítulo siguiente, son imprescindibles para su legitimidad.¹⁵⁰⁵

¹⁵⁰⁵ Véanse, adelante, 8.10.1 y 8.13.

CAPÍTULO 08: DELACIÓN EN SU EXCEPCIONALIDAD: EL RAZONAMIENTO DEL COMBATE Y LA FÓRMULA SINTÉTICA

8.1 Método específico de este capítulo:

El objetivo de este capítulo final es responder a las preguntas planteadas al principio de este trabajo¹⁵⁰⁶, y a las que, derivadas de ellas, fueron surgiendo a medida que se agregaban nuevas temáticas. Muy lejos de hacer un resumen o una revisión de lo ya establecido¹⁵⁰⁷, la meta es avanzar hacia las respuestas. Para ello, hay un método específico en este capítulo.

Se pretende alcanzar las respuestas a partir de lo que ya se ha escrito. Ello implicará menos información añadida, pero esa misma ausencia, en especial de nuevos elementos bibliográficos, funcionará como demostración de la pertinencia de los capítulos anteriores, a los cuales se pretende aludir con cierta constancia.

Las excepciones a esa escasez de nuevas referencias aparecerán en el fragmento en que se remite a las cuestiones de tipicidad, que incluso serían innecesarias si se pudiera considerar que esta tesis, al abordar la dogmática latino-germánica, tiene como premisa la información sobre su evolución, entre ellas las controversias sobre el *Tatbestand* y la *Tatbestandsmässigkeit*. Así que el tema aparecerá aquí en pocas líneas, no como un elemento lógico, sino meramente textual, para hacer presente el asunto.

Se encamina, al final, hacia una propuesta de notación lógica que permita comprender valores seguros para mantener dentro de la legitimidad la delación premiada,

¹⁵⁰⁶ Véase, atrás, capítulo 1.10.

¹⁵⁰⁷ Un **resumen** aparecerá en el próximo apartado.

bien sea en situaciones de normalidad, bien sea en situaciones de combate. Ello no implica aportar exactitud matemática al tema, sino presentar de modo sintético los valores e implicaciones que existen para mantener la delación premiada como aceptable aplicación del derecho penal.

Esa notación sintética demanda un mínimo desarrollo analítico, para demostrar su aplicabilidad, a la vez que permite la crítica o posibles adaptaciones o modificaciones. Una tabla final para diferenciación de las situaciones involucradas y su implicación dogmática es un término medio entre el punto analítico y el sintético, como mero complemento.¹⁵⁰⁸

8.2 Preguntas consolidadas

Desde el inicio de esta obra¹⁵⁰⁹, está planteada la cuestión de cómo legitimar la delación premiada, en especial interpersonalidad de la pena en la delación y en su utilitarismo. Después de restringir el problema de la delación a la cuestión penal, es decir, de alejarlo epistemológicamente de otras dudas, como la fiabilidad de las declaraciones del delator o de cómo proceder a una eventual justicia negociada, falta saber cómo la dogmática penal lo recepciona, si es que lo hace. En busca de esa respuesta principal, algunos capítulos proporcionaron sus propias cuestiones, que también demandan solución.

Se pueden sistematizar las interrogantes que hay que contestar en cuatro grupos: (1) Cómo se legitiman los dos problemas inmediatos del premio al delator: (1.a) la interpersonalidad de la pena, concretamente, que se pueda transferir la cantidad de pena de un criminal-delator a criminales delatados; (1.b) el problema de la amplitud del tiempo e incertidumbre de la pena transferida, una vez que la condena a los delatados, aunque ampliada, viene después de la pena al delator, anticipada. Son esencialmente las cuestiones relativas al utilitarismo, a las que se añade una derivada, (1.c) si el derecho penal puede beneficiar al traidor, además de otros puntos éticos controvertidos a partir del sistema de valores anclados en el ordenamiento; esta última pregunta es también un

¹⁵⁰⁸ Véase, adelante, 8.12.

¹⁵⁰⁹ Véase, atrás, 1.10.

elemento de transición al segundo grupo de cuestiones, que así se enuncia: si la reducción de la pena al delator puede significar (2.a) ordinario comportamiento posdelictivo, o si es perdón del Estado al individuo, y si ambos son (2.b) excluyentes o pueden concurrir; y nueva interrogante, que remite a las anteriores, saber si el premio al delator (3) pone en riesgo todo el sistema dogmático en que está anclado el Derecho penal¹⁵¹⁰; Ese referido sistema dogmático pasa desde los Tratados de Derechos Humanos, es filtrado por la Constitución del País, pero especialmente se relaciona con el sistema de valores que se inscribe en la Parte General del Código Penal, refractado también en cada matriz valorativa de la Parte Especial y de las demás leyes de naturaleza penal del ordenamiento; (4) como última interrogante, si el derecho de combate, en el cual se incluye la delación, es jurídico o extrajurídico, penal o extrapenal. Además, si existen zonas intermedias. Así se puede saber si el premio al delator encuentra legitimidad, y con qué límites.

8.3 Planteamientos del derecho de combate

Desde el primer capítulo se ha planteado la tesis de un derecho de combate o una aproximación a la guerra, además del origen de la locución y su funcionalidad en este trabajo. Sin embargo, el capítulo anterior, al abordar la justicia de transición, presentó una contradicción aparente: comparado con el perdón en contextos de guerra o transiciones de regímenes políticos, el premio al delator no estaría integrado en el derecho penal, sino que representaría un momento *ad hoc*, intransponible a un derecho estabilizado. Ello obliga a destacar, de momento, dos interrogantes entre las antes enunciadas. La primera consiste en definir si hay dos tipos de delación: una como derecho estabilizado (de consecuencia posdelictiva positiva) y otra como derecho de transición. Como consecuencia, determinar cómo se distingue entre ambas. La segunda se refiere a cómo

¹⁵¹⁰ En un sistema de lógica absolutamente formal, hay que aceptar la realidad de que contestar las preguntas sobre la *posibilidad* de reducción de la pena, su compensación o su interpersonalidad ya implica reconocer su legitimidad. Si es posible, es porque es legítima. En el sistema de lógica informal en que está contenido el Derecho, sin embargo, es necesario plantear tal cuestión, bien sea porque un instituto puede estar en contradicción con el ordenamiento y aun así funcionar en la práctica, bien sea porque, en el polo de la legitimidad, esta puede encontrar otros elementos justificantes que no sean la lógica pura de la existencia en el ordenamiento jurídico. Sobre el sistema de lógica informal, véanse: FREEMAN, James B. *Informal Logic*, Vol. 36, No. 3 (2016), pp. 395-426, in; WOODS John, *Errors of Reasoning, Naturalizing the Logic of Inferences* London: College Publications, 2013. Pp. xvii, 1-572; WOLEŃSKI, Jan. *Formal and informal in legal logic*. En *Approaches to legal rationality*. Springer, Dordrecht, 2010. Ambos textos son revisados en RODRÍGUEZ, V.G., *Argumentación Jurídica...* cit.

se puede integrar el derecho de combate de manera coherente con el sistema de Derecho penal que conocemos, sin que ello implique transformar, si no la pena, la delación en una figura extrajurídica, es decir, en una punibilidad despegada de cualquier valoratividad del sistema penal vigente.¹⁵¹¹

La posición en esta monografía se ha ido delineando, pero aquí se puede enunciar mejor. En primer lugar, en un derecho puramente ordinario (sin alcanzar el combate), el premio al delator no tiene lugar: entre tantos motivos ya expuestos, denunciar a excompañeros de la *societas delinquendi* para conseguir el objetivo egoísta de disminución de la propia pena no encaja en los valores éticos dominantes. Sin embargo, cuando se avanza hacia el combate a la organización criminal, no solo ese compromiso ético se desvanece, sino que el conflicto, como se explicará, cambia gradualmente de eje.¹⁵¹²

La delación premiada solo existe en un derecho de combate, pero hay una gradación en ella. Ello significa que un ordenamiento jurídico que admita el premio al delator, aunque sea en niveles mínimos (como de momento es el caso de España), ya inaugura un derecho de combate o tendencia a la guerra. Cuanto más se avance hacia tendencia a la guerra, como se ha dicho en el capítulo anterior, más elevado es el nivel de perdón y menor el de pena. Sin embargo, no se sale del límite del combate, porque, si se alcanza la guerra, ya no se trata de Derecho penal, sino de derecho de guerra¹⁵¹³.

Para que la propuesta aquí sostenida se pueda mejor materializar, tenemos que imponer la denominación, asumiendo el riesgo de arbitrariedad, del derecho absolutamente fiel a las reglas dogmáticas y éticas de la no-delación como **Derecho Ordinario**. pEste no es necesariamente una figura utópica, pero ya *no* está en vigencia en los Códigos del Occidente. Sería el campo en que el premio al delator existiría solamente a partir de elementos valorativos positivos en la ética liberal, tendente a las posiciones kantianas y neokantianas, distantes de la instrumentalización del condenado¹⁵¹⁴. Como ejemplo breve, serían los valores próximos a la autodelación: la confesión, la disminución del resultado de los delitos, el establecimiento de la verdad, la

¹⁵¹¹ Así se contestará a las preguntas 2 y 4 del subtítulo anterior.

¹⁵¹² Véase, atrás, 5.12.

¹⁵¹³ La guerra, como dicho en el capítulo anterior, aparece en momentos-clave en Latinoamérica, en que el Derecho penal común pierde no solo su eficacia, sino su vigencia.

¹⁵¹⁴ Véanse, atrás, 3.2.1 y 3.2.3.

economía procedimental. En ninguno de ellos estaría presente la interpersonalidad de la pena.

En notaciones lógicas, así sería:

El combate (C) tiende a la guerra (G), aunque no la alcance:

$$C \rightarrow G$$

El conjunto de soluciones penales en que está permitida la delación progide del derecho penal ordinario, en que el premio por la delación es mínimo y **coincide con la autodelación**:

Premo al delator = [Derecho Ordinario, ..., Derecho de Guerra)

Y el espacio dónde se admite el premio al delator *como heterodelación*¹⁵¹⁵ es un Derecho de Combate, o un derecho de tendencia hacia la guerra, no incluido el derecho ordinario.



Ese derecho de combate se viabiliza por la válvula de escape que es la punibilidad, pero nace a partir de la autorización que representa la entrada, en el ordenamiento jurídico, de la descripción (típica) de la organización criminal. Así, en una relación simbiótica, el derecho de combate crea e incorpora el tipo penal de organización criminal y éste autoriza el derecho de Combate. Así, nos queda por explicar esta relación, justificando el motivo de la entrada del derecho de combate para superar los antiguos límites del derecho Ordinario.

¹⁵¹⁵ Véase, atrás, 1.7.

Para ello, como anticipamos, es necesario pasar rápidamente por la tipicidad, para avanzar hacia la explicación de los cambios que el tipo de organización criminal impone en la interpretación del derecho como un todo.

8.4 Premisa: mínima revisión de tipo y tipicidad

Esta brevísima presentación sobre la teoría del tipo penal sirve solo como demostración de una premisa: el *Tatbestand* evoluciona, en el sistema latino-germánico, para la construcción de una gramática propia, distinta de la descripción de la acción prohibida. Esto se desarrolla a partir del clásico recorrido entre Beling, Mayer, Mezger y Welzel, a sabiendas de que se incurre en un rotundo reduccionismo. Para que no parezca una forma de ignorar todo lo que ya se ha producido sobre el tema, en este subtítulo se hará una revisión mínima, en lo esencial, para rescatar conceptos funcionales a las transiciones que se plantean. Transiciones aptas para legitimar el sistema de delaciones.

Desde su concepto, el *Tatbestand*, como correspondiente germánico al *corpus iuris delicti*, ya aparecía en las Ordenaciones Criminales de Prusia en 1805, como relata el clásico Jiménez de Asúa. Con el paso de los años, la doctrina fue agregando características propias a ese elemento, como características del delito (*Tatbestand als Inbegriff der Verbrechenmerkmale*¹⁵¹⁶). Beling, en 1906, pero más claramente después de 1930, formuló su *Die Lehre vom Tatbestand*, que introdujo la concepción de lo que se tradujo como tipo penal.

Para Beling, el tipo penal era la descripción de una conducta y su resultado, mientras que la antijuridicidad y la culpabilidad implicaban una relación objetivo-subjetiva¹⁵¹⁷: la primera contenía los elementos externos de la acción y la segunda, los relativos a la voluntad del sujeto. En 1930, Beling introdujo en la teoría del tipo la llamada "figura rectora", de carácter genérico y funcional, que no se confundía con el tipo de delito; así, en el delito de homicidio, la figura rectora es 'matar a un hombre', la misma figura que puede encontrarse en el infanticidio, el asesinato típico y el homicidio

¹⁵¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. v. III. Buenos Aires: Losada, reedición 1992, p. 750.

¹⁵¹⁷ CEREZO MIR, J. *Derecho Penal: Parte General. Obras Completas*, t. I. Lima (Peru): Ara Editorial, 2006, p. 458.

culposo¹⁵¹⁸. Esta figura abstracta del tipo rector, en contraste con el tipo de delito, no sobrevivió mucho tiempo en la teoría del delito.

La gran ventaja de la concepción de Beling fue comprender que existía un elemento –o, más bien, una formulación– conceptual del delito, desvinculado de los hechos. Más aún, el autor alemán delimitó claramente las fronteras entre este, la culpabilidad y la antijuridicidad, de modo que la tipicidad pasó a formar parte de la concepción analítica del delito¹⁵¹⁹. Por otro lado, la descripción abstracta de la conducta prohibida fomentó, de manera indirecta, conceptos como la fragmentariedad del Derecho Penal, aunque hoy en día se reconoce poco la derivación de esta teoría¹⁵²⁰.

En lo que se puede llamar la segunda fase de la evolución, Ernst Mayer identificó con mayor claridad la deficiencia de la concepción del tipo penal como una descripción puramente objetiva. Adicionalmente, su obra de 1915 estableció que el tipo penal era un indicio de antijuridicidad¹⁵²¹. Más allá de la relación tipicidad-antijuridicidad, de la que hablaremos más adelante, esta característica indiciaria del tipo muestra que no es puro, sino que ya contiene una carga de desvalor, aunque sea solo indicativa¹⁵²².

Edmund Mezger protagonizó la tercera fase de la evolución del concepto de tipicidad. Presentó la tipicidad ya no como un simple indicio de antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), sino como su *ratio essendi* (razón de ser). Según el profesor de Múnich, no toda acción antijurídica es punible, sino únicamente aquella que es típicamente antijurídica¹⁵²³.

El tipo penal, por tanto, presupone una antijuridicidad que solo puede eliminarse en caso de una causa de justificación, incluso cuando un elemento normativo del tipo remita a ella. Mezger también identificó con claridad que el tipo penal incluye, además de elementos objetivos, elementos normativos que contienen juicios de valor. En este

¹⁵¹⁸ Cf. REALE JR., M. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, nota 29.

¹⁵¹⁹ “Anteriormente a Beling, o conceito de tipo com todos os seus elementos era a idéia de *corpus delicti* desenvolvida por Stübel. A tipicidade não era uma categoria e/ou nível de decomposição do delito para sua análise”. COELHO, M. P. *Ensaio sobre a tipicidade penal objetiva em um sistema teleológico racional*. 2006. Tesis Doctoral– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [São Paulo], 2006, p. 38.

¹⁵²⁰ En palabras de Jiménez de Asúa, a los cuatro principios que Beling identificó en el Derecho Penal de su época “agrega este otro apotegma: ‘no hay delito sin tipicidad’”, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 754.

¹⁵²¹ *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1ª Ed. 1915, Reimpressão da 2ª Ed. Heildelberg, 1923, Frankfurt am Main, 1997

¹⁵²² Mayer fue taxativo al afirmar que la antijuridicidad debe estar separada de la tipicidad, por lo que no puede decirse que retrocediera en relación con la delimitación de conceptos de Beling.

¹⁵²³ FRAGOSO, H. C. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

sentido, los elementos objetivos describen eventos y estados perceptibles sensorialmente; los elementos subjetivos corresponden a los procesos anímicos del agente¹⁵²⁴, y los elementos normativos del tipo necesariamente se relacionan, ya sea con un carácter jurídico o teleológico.

El finalismo de Welzel, influenciado por el contexto de posguerra, transformó el concepto de acción y, en consecuencia, el del tipo penal. La doctrina finalista estableció que la acción humana solo puede ser prohibida –o, dicho de otro modo, solo es relevante– cuando está dirigida a un resultado. De ahí surge la idea de que la acción humana es teleológicamente orientada. Este concepto prejurídico de acción explica que, antes de cualquier valoración jurídica¹⁵²⁵, la acción está concebida de modo finalístico¹⁵²⁶. Es lo que Welzel ha traído directamente de Hartmann¹⁵²⁷.

La transposición del dolo y la culpa hacia el tipo penal permitió dividirlo analíticamente en tipo objetivo y tipo subjetivo: el primero se refiere a la descripción objetiva de la conducta prohibida (por ejemplo, "matar a alguien": verbo y objeto que conforman su significado)¹⁵²⁸, mientras que el segundo representa el estado anímico del agente u omitente (en el mismo ejemplo: la voluntad libre de matar o la omisión del deber de cuidado que causa el resultado en un caso culposo). El mérito del finalismo, desde el ontologismo, radica en la integración de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, no

¹⁵²⁴ SILVEIRA, R. de M. J. *Direito Penal Supra-Individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78-79.

¹⁵²⁵ “Aquí no es posible, ciertamente, una prueba estricta, pero la analogía con el acto de conocimiento casi se impone: si el impulso de conocimiento tiene que ser asumido como tarea plena de sentido, la asunción de tareas plenas de sentido tiene que ser posible. Las decisiones humanas no tienen que recaer única y necesariamente según las relaciones de fuerza o intensidad de los impulsos en conflicto, sino que pueden orientarse también según su contenido de sentido, su significado para la configuración de la vida. WELZEL, H. Reflexiones sobre el libre albedrío. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 26, n. 2, 1973, p. 222 (texto original en el FS a Engisch, 1969).

¹⁵²⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal – Parte General*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 181.

¹⁵²⁷ En obra anterior del presente autor, se ha detallado como el pensamiento de Nicolai Hartmann, con su Ontologismo, a pesar de poca trascendencia en la Filosofía, fue base directa del finalismo. Véase en el original de Hartmann: “Ethical perception is perception of norms, commandments, values. **All knowledge of norms is necessarily aprioristic**”. HARTMANN, N. *Ethics I: Moral Phenomena*. Traducción: Stanton Coit. Londres: George Allen & Unwin Ltd, 1958, p. 62. Ou: “three stages (or strata) of the finalistic nexus”, cf.. “For to this belong not alone the conscious setting up and pursuit of ends; every activity of the subject has essentially the structure of this nexus. All practical intention is finalistic” HARTMANN, N. *Ethics II, cit.*, p. 151, o “The determination, above which the moral person is said to have scope for a determinant of his own, is twofold: that of natural law and that of values (of the Ought). The first is determined causally, the second finalistically. Now the solution of the causal antinomy rested upon the categorial analysis of just these two types of determination”. HARTMANN, N. *Ethics III: Moral Freedom, cit.*, p. 209.

¹⁵²⁸ (cf. *Derecho Penal Alemán*, p. 75-76).

en su fragmentación¹⁵²⁹. Esta última ocurre solo para facilitar la comprensión de esa simbiosis, teniendo en cuenta que las teorías anteriores a Welzel apenas habían avanzado más allá de la idea de un tipo penal puramente descriptivo y subjetivamente neutro.

Ese resumen, nada novedoso, revela una tendencia **a incrementar el tipo penal con una serie de elementos que exceden ampliamente de la descripción** de la acción/omisión proscrita. Incluso la antijuridicidad estaría contenida en él, como lo sostienen los seguidores de los elementos negativos¹⁵³⁰. Sin embargo, hay dos puntos clave que merecen destacarse: que el tipo es distinto de la descripción de un delito y que el lenguaje disponible es insuficiente para abordar el problema de la imputación en la criminalidad organizada. Como de la criminalidad organizada surgen sus instrumentos de combate, el problema se torna aún más complejo.

En este sentido, este resumen nos lleva, además de la premisa inicial, a otra conclusión: la comprensión latinogermánica del "delito" como un todo está totalmente dependiente del concepto de tipo penal, del cual es casi imposible alejarse. Para los propósitos de este trabajo, no se pretende proponer una nueva filosofía del tipo penal, sino destacar un elemento clave: **el modo por el cual este refleja una conflictividad**. A partir de ahí, del propio tipo específico de delincuencia organizada, derivará un concepto de tendencia hacia la guerra (o combate).

8.5 El tipo como narrativa y su conflictividad

Agregar la conflictividad como un elemento más del tipo, en una novedosa construcción, seguiría la propensión abarcadora de esa figura, lo que podría favorecer su aceptación en la comunidad penal, sencillamente por ser tendencia. Sin embargo, ello

¹⁵²⁹ ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General* – t. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría de Delito. Traducción: Luzón Peña. Madrid: Thomson-Civitas, 2008, p. 303.

¹⁵³⁰ La teoría de los elementos negativos del tipo es relevante, en este recorrido, para demostrar cómo se han agregado más elementos a ese fragmento. En un caso más contemporáneo, en Brasil, Reale Jr. justifica la visión de una completitud de valores para sustentar su adhesión a los elementos negativos: "A toda ação é inerente um valor, e apenas pela compreensão do sentido axiológico que a anima pode ela ser captada de maneira integral. Se o tipo representa genericamente uma ação animada de um desvalor, a ação típica não é senão a ação concreta dotada daquele desvalor repellido pelo direito. Ao se apreender a ação em sua tipicidade, apreende-se seu caráter antijurídico, e, portanto, são uma coisa só os juízos de tipicidade e antijuridicidade" REALE Jr., *Teoria do Delito*, p. 51. Otros buenos autores van a poner de manifiesto que la teoría se sostiene hoy más en relación a análisis de conflictos entre normas ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. La teoría de los elementos negativos del tipo: una invención jurídico-penal?. In: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernát*. Madrid: Edisofer, 2008.

implicaría una contribución más a la inflación de una figura que, por su excesiva amplitud, perdería su función en el grupo, quizá como en la conocida paradoja de Russell, en la que el tipo se convierte en un conjunto tan amplio que acaba por contener la figura de lo injusto, de modo que aquel ya no puede formar parte de sí mismo.¹⁵³¹

Aquí no se trata de una ampliación del tipo, sino de, sin desconsiderar todo lo anterior, mirarlo a partir de un prisma que, en la presente concepción, es el más evidente: su conflictividad. En breves palabras, no es la acción ni la intencionalidad lo que diferencia el tipo de una simple descripción de acción prohibida, sino el indicio de **un conflicto a solucionarse**¹⁵³². Ello solo implica, repetimos, destacar un punto ya presente en el tipo, que no cambia las definiciones (ni las controversias) de la dogmática latino-germánica hasta hoy. Es capaz, empero, de dar cuenta de las alteraciones de paradigma que la delación conlleva.

Se empieza con lo obvio: un tipo penal no es un artículo del Código ni una sentencia. Una sentencia es una unidad lingüística del idioma, mientras que el tipo penal es una unidad lingüística que emplea el idioma como instrumento de expresión, sin coincidir plenamente con él. Como unidad lingüística, el tipo penal posee su propia gramática en sentido lato y, dentro de esta, su sintaxis, que tampoco es la del lenguaje natural.

Así pues, el tipo penal es una unidad lingüística que se expresa —porque no hay otra forma de hacerlo— a través del lenguaje¹⁵³³ natural del idioma. Este lenguaje natural

¹⁵³¹ La idea de que un elemento pertenezca a sí mismo, que tanto incomodó a Russell, alcanza una paradoja lógica que aquí se podría aplicar. Apenas para fundamentar la importancia del problema, que aun divide teóricos, véanse sus aplicaciones en el interesante LINK, G. (ed.). *One Hundred Years of Russell's Paradox*. Berlin and New York: Walter de Gruyter, 2004.

¹⁵³² Además, la idea de tipicidad material que requiere "conflictividad" no es nueva y puede encontrarse en textos como el de Zaffaroni sobre la "tipicidad conglobante", cuyo nombre ya denota la tendencia de incorporar al tipo penal cada vez más elementos. No es la postura que aquí se adopta de manera directa. No obstante, algunos autores emplean precisamente la expresión "solución de un conflicto" como objetivo de la pena, tal como aquí se plantea. La diferencia radica en que, al estudiar la dogmática, estos autores no resaltan explícitamente el conflicto y su solución, aunque dicha realidad está implícita. Véase, por ejemplo, el caso de Borja Mapelli en su ya clásica obra sobre condiciones objetivas de punibilidad. Al exponer y posteriormente criticar a quienes rechazan la distinción entre merecimiento y necesidad de pena, manifiesta: "Parece olvidarse que todos los presupuestos de la pena deben contribuir a la solución de un conflicto a través de la determinación de un castigo y, en consecuencia, al margen de esta contribución no existe ninguna otra meta que fundamente un juicio valorativo distinto." MAPELLI CAFFARENA, B, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, p. 33

¹⁵³³ Chomsky presenta una definición básica del lenguaje (natural o artificial): "El lenguaje es un conjunto (finito o infinito) de frases, cada una de longitud finita y construida por concatenación a partir de un conjunto finito de elementos", CHOMSKY, N. *El análisis formal de los lenguajes Naturales*. Madrid: Alberto Corazón, 1972, p. 58. La idea de la concatenación posiblemente infinita (*recursion*) que sostiene

abre la puerta a contenidos equívocos, poco definidos, pero también flexibles en la interpretación, que es lo que posibilita su adaptación al mundo real¹⁵³⁴. En esta diferencia entre una pretensión lógica, que solamente se expresa en lenguaje formal-artificial, y el lenguaje natural¹⁵³⁵ que tenemos que utilizar para describir la acción proscrita en sus circunstancias, está el núcleo resolutorio de toda la gramática del tipo¹⁵³⁶. Frente a esta unidad lingüística propia que significa el tipo, hay que asumir una premisa: que, si bien el concepto de tipo está asentado, muchos elementos de su gramática no están definidos

Chomsky está siendo cuestionada, a partir de lenguaje de los pueblos amazónicos. Se trata del idioma Pirahã, que carecería de recursividad, según Daniel Everett. Everett argumentó que la gramática de los Pirahã se ve determinada por factores culturales y no por una estructura universal innata, desafiando así la tesis chomskiana sobre la universalidad de la recursión. Este descubrimiento generó un intenso debate entre lingüistas, ya que, si Everett tiene razón, el lenguaje no sería exclusivamente un producto de la genética humana, sino que su desarrollo podría depender en mayor medida de factores culturales y sociales. Véase: EVERETT, D. L. Cultural constraints on grammar and cognition in Pirahã: Another look at the design features of human language. *Current Anthropology*, 2005, 46(4), 621–646

¹⁵³⁴ Así se trata de la controvertida introducción del tema de la ‘lógica informal’. El tema es relevante para toda la transición que se hace aquí sobre la transposición del lenguaje sintético al analítico. Conviene dejar aquí la explicación de Godden: “At best, theories focusing on the “logical” mode offer an incomplete picture of argumentative reality. While our focus on the logical might provide adequate tools for theorizing that aspect of argumentation, our neglect of the non-logical means that existing theories fail to address themselves to normatively significant features of our arguings associated with those other modes. When responding to the “traditionalist’s” answer that “it is a fallacy to take those things [here, Gilbert is specifically referencing examples of situational features which, on his multi-modalism, comprise the physical mode] into account when evaluating an argument,” Gilbert replies: “But it is impossible not to take them into account when having an argument” (2018, p. 322; cf. 2002). As such, existing theories provide only partially adequate analytical, regulative, and evaluative frameworks for our argumentative activities. GODDEN, D. Logics for non-logical argumentation. *Informal Logic*, v. 42, n. 3, 2022, p. 521–562. Para el original de la controversia, véase al respuesta de GILBERT, M. Emotion, argumentation and informal logic. *Informal Logic*, v. 24, n. 3, p. 245–264, 2004.

¹⁵³⁵ La idea de lenguaje natural, en el Derecho, estaba restringida a la filosofía de la Argumentación. Ahora, con la Inteligencia Artificial, el problema se ha expandido muchísimo. A final, la función más visible de la AI en el Derecho es aproximar el lenguaje formal del ordenador al lenguaje natural del individuo. Ese proceso se llama NLP (Natural Language Process) y se da por programación humana y por autoaprendizaje de la máquina (deep learning). Así, el Manual IBM objetivamente define: “Natural language processing (NLP) is a subfield of computer science and artificial intelligence (AI) that uses machine learning to enable computers to understand and communicate with human language.” (<https://www.ibm.com/think/topics/natural-language-processing>). Esa reinención de las características del lenguaje natural es muy relevante para el tema narrativo. Sobre ello, véase: JURAFSKY, D.; MARTIN, J. H. *Speech and Language Processing*. 2. ed. Pearson, 2009. También: GOYAL, P.; PANDEY, S.; JAIN, K. *Deep Learning for Natural Language Processing*. [s/l]: Apress, 2018.

¹⁵³⁶ La palabra gramática es en sí misma polisémica. Puede ser la gramática de una lengua natural o un conjunto de reglas que estructuran otro proceso lingüístico. Por lo tanto, utilizamos la segunda acepción de gramática del Diccionario Routledge: “Grammar: 1. Grammar as the knowledge and study of morphological and syntactic regularities of a natural language. 2. Grammar as a system of structural rules (in the sense of Saussure’s langue) fundamental to all processes of linguistic production and comprehension”. Cf. *Routledge Dictionary*, verbete “grammar”. Na mesma esteira, o contraste que faz Jota entre gramática normativa ou descritiva e gramática geral ou estrutural. Referimo-nos, no caso do tipo penal, a esta última, que assim se define: “a gramática estrutural estuda a língua por si mesma, quanto à forma somente, desvinculando-se, pois de outras disciplinas como psicologia, lógica, sociologia etc. E através de línguas particulares esboça-se uma pancronia (ou metacronia), que seria uma gramática estrutural geral, que estuda a estrutura e funcionamento do sistema abstrato da linguagem, do qual as línguas particulares seria meras projeções” JOTA, Z. S. *Dicionário*, p. 157. En este caso, evitamos hablar de *gramática normativa*, lo que sería correcto, sólo para no equivocarnos con el normativismo penal, que tiene un significado muy distinto. Hablar de *gramática de la lengua* nos parece suficientemente claro.

(con la tipicidad y todas sus variantes). Esto, a pesar de ser un gran impulso para los estudios penales, especialmente en las filosofías de inspiración romano-germánica, crea recurrentes dificultades operativas, ya que lo más importante de una gramática (especialmente en el lenguaje natural¹⁵³⁷) es formar un consenso sobre las reglas de comunicación¹⁵³⁸.

Es fácil notar que, si el tipo no tiene su propia gramática, perdería su razón de ser y se convertiría en un artículo cualquiera de la ley, aunque sea descriptivo —como en el antiguo *corpus criminalis*. Se puede, empero, mencionar el contrapunto, por el cual el desprecio por la gramática del tipo penal sería parte de lo que propone la lógica de la justicia negociada: la descripción sencilla de la acción proscrita, sin grandes sistemas de autosignificación es puro reflejo del sistema anglosajón. La pérdida del sentido del tipo en todo el proceso de transición hacia un sistema de ‘common law’ de aplicación de justicia no es buena ni mala; sencillamente es incompatible con el formato rígido (semántico-gramatical) de la dogmática, lo que crea un déficit de legitimidad, porque esta de momento depende de que todas las acciones del *enforcement* penal estén ancladas en descripciones típicas mas cerradas¹⁵³⁹. Sería repetitivo rescatar que, por ejemplo, las

¹⁵³⁷ En el lenguaje artificial de la lógica y de las matemáticas, la gramática y sus elementos funcionan en simbiosis, como engranajes perfectos. En el lenguaje natural, la gramática y la semántica están separadas. Un ejemplo más claro es una frase que contiene un error gramatical (en el sentido de la gramática normativa de un idioma) y que, aun así, se comprende perfectamente, a veces incluso mejor que una frase gramaticalmente óptima (impecable).

¹⁵³⁸ Veamos cómo las reglas gramaticales del tipo penal permanecen abiertas, planteándose sólo algunas cuestiones: ¿Contiene el tipo como unidad de sentido las causas de justificación? ¿Es posible hacer una distinción fiable entre los elementos descriptivos, normativos y científicos del tipo (igual que es posible, en gramática, definir qué es un sustantivo, un verbo o un adjetivo; o, en sintaxis, un sujeto y un objeto)? ¿Cuál es el papel del *verbo* en el tipo penal (coincide con el núcleo oracional, como en la gramática de la lengua¹⁵³⁸)? ¿O podemos hablar de acción y omisión, independientemente de la figura verbal? ¿Forma parte el bien jurídico de la unidad lingüística del tipo? En caso afirmativo, ¿dónde se describe? ¿Cuál es su función gramatical en esta *unidad* de significado? ¿Los Derechos Fundamentales desempeñan un papel en el significado típico, o están ausentes de él, fuera de este núcleo interpretativo? Lo mismo puede decirse de la probable adecuación social de la acción. ¿Integran el tipo otros elementos de la descripción legal, como el *epígrafe* que da título al delito (tantas veces definitivo en su interpretación) o el nombre del título o capítulo en el que se incluye en el Código? En caso afirmativo, ¿cuál es su función real en este lenguaje: algo así como un *complemento* de la sintaxis lingüística? ¿Un mero incidente del tipo que sólo tiene una importancia subsidiaria?

¹⁵³⁹ Ello no significa necesariamente dejar de ser positivista. Si nos remitimos a la Teoría Pura del Derecho, se observa que el concepto de validez en Kelsen está mucho más relacionado con su origen en una norma fundamental que con el vínculo a una norma de comportamiento restrictivo. Así, en el *common law*, los tribunales crean precedentes con mucha más amplitud que en el sistema latino, pero estos están validados en la norma fundamental. Véase, entre tantos fragmentos de la *Reine Rechtlehre*: “A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes. Estamos especialmente próximos de uma atribuição deste poder a um tribunal, designadamente a um tribunal de última instância, quando este seja autorizado, em certas circunstâncias, a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito material, mas segundo a sua livre apreciação do mesmo, quer dizer: quando seja autorizado a produzir uma norma individual cujo conteúdo

bargains hechas en el campo del derecho procesal, en el sistema latino-germánico, deben estar autorizadas por elementos del derecho material, que, siempre, son una respuesta (aunque despenalizadora) a las consecuencias de una conducta comprendida como típica.

La propuesta es, en la medida de lo posible, a partir de la estructura típica de la organización criminal, comprender aquello que parece ser la **flexibilización de la tipicidad** como un todo. En términos silogísticos, basta con delinear la hipótesis de que la delación y el derecho penal de combate sean una contradicción respecto a la tipicidad. Si se plantea esa hipótesis y se considera que el derecho de combate (y, consecuentemente, la delación premiada) están anclados en el propio tipo de organización criminal, la hipótesis queda negada, porque llega a una conclusión imposible: **la de que el propio tipo es quien devalúa la tipicidad**. Llegar a esa falsa conclusión demuestra la falsedad de la premisa¹⁵⁴⁰. En otras palabras, de la inserción del tipo penal de organización criminal derivan nuevas características de la tipicidad, que remiten a lo que llamamos derecho de combate. A fin de demostrarlo, sin embargo, hay que observar las principales características típicas que se van a alterar en la organización criminal. Para ello, no se puede huir de su núcleo conflictivo, que se altera por acción, tiempo y desenlace.

Como primer fundamento, hay que poner de manifiesto que el tipo penal se aparta de un mero artículo porque **sugiere la narrativa de un conflicto**. Es ello lo que demanda (o presupone, en una doble relación de implicación) su propia gramática. Esa gramática se aproxima al modo narrativo de comprensión de los conflictos jurídicos, que empieza a aparecer en autores como Bruner, entre otros¹⁵⁴¹.

Así, en primer lugar, el modo narrativo: el tipo penal es esencialmente figurativo, trabaja con personajes (autor) y cosas que interactúan para cambiar un *status quo ante*¹⁵⁴².

não esteja predeterminado em qualquer norma geral do Direito positivo. Conferir a uma tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de Direito dos tribunais”. Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*. Traducción: João Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 175

¹⁵⁴⁰ Esto es lo que sostiene García Amado, siguiendo a Klug. GARCÍA AMADO, J. A. Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p.107.

¹⁵⁴¹ La teoría del tipo penal como elemento narrativo, que aquí se explicará, ya había sido previamente dibujada en nuestro *Fundamentos de Derecho Penal Brasileiro*, de 2010. Se trataba, sin embargo, de una noción preliminar.

¹⁵⁴² Hay varias fórmulas propuestas para tipos de acción en la narrativa, de acuerdo con la alteración del *status quo*. David Herman, basado en Von Wright, presenta ocho de ellas, entre las cuales se encuentran “leaving the state to continue present”, “destroying the state” o “suppressing the state”. Esa estructura de acción/omisión y su enlace con el cambio **del entorno** está en absoluto paralelo con la acción y la normatividad, además de las reglas de imputación. Se podría disertar más sobre el tema, pero implicaría, aquí, **un** cambio de tema Véase: HERMAN, D. *Story Logic: Problems and Possibilities of Narrative*. Nebraska: University of Nebraska Press, 2002, p. 60-61.

En otras palabras, el tipo siempre propondrá un estado de cosas inicial que, en su transcurso, se ve alterado por la acción de alguien. Este alguien actúa, y transforma este *statu quo*.

Esta transformación, obviamente narrativa, no es necesariamente conflictiva, pero es cierto que el tipo penal la sugiere. Cuando el tipo describe matar a alguien o tomar las cosas muebles ajenas, hay un conflicto sugerido de manera estándar, o sea, de manera típica.

De ello se pueden derivar algunas consecuencias. La primera es que si el tipo penal describe una situación en la que el *status quo ante* se ve alterado por la acción (u omisión) de alguien, sacándose a la luz este conflicto, quizá más que explicar el tipo por su estructura lingüística —que sigue siendo relevante— pueda entenderse conforme a una estructura narrativa. En otras palabras, el tipo no es solo una unidad lingüística, sino también una unidad narrativa, con su estructura básica: personaje, acción, conflicto, clímax y solución (desenlace)¹⁵⁴³.

Para ello, basta observar que el tipo opera básicamente con figuras que actúan de una determinada manera y a las que se atribuye un cierto valor. Si el tipo ya no es una pura unidad lingüística, sino una estructura narrativa completa, aquí hay algunas diferencias. La primera es el paso del tiempo. Concretamente, el tipo penal no es una mera idea temática que se combina como en una ecuación matemática¹⁵⁴⁴, un silogismo o un ensayo filosófico. Como elemento figurativo, el **tipo sugiere el paso del tiempo**, imprescindible para el cambio del estado de las cosas (el resultado). En el relato, este tiempo no se enuncia (entre otras cosas porque su definición a menudo no importa), pero está presente. Decir que hay un obligatorio paso del tiempo implica afirmar que el tipo depende de una referencia temporal, aunque implícita. Ello será más relevante en la construcción del tipo de organización criminal, como se verá más adelante¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴³ Ésta es la estructura básica de cualquier relación narrativa, por mucho que se invierta el orden cronológico: una situación inicial, un conflicto, una solución. Sobre este tema, véase *Argumentación jurídica*, del presente autor, especialmente el capítulo dedicado a la estructura narrativa.

¹⁵⁴⁴ La solución de un problema matemático se puede *enunciar* en varias etapas, pero eso es meramente para la comprensión. La solución *está* en el propio problema y es meramente descubierta cuando se la divide en etapas. En el conflicto figurativo, la relación causa consecuencia *depende* de un orden cronológico, de acciones que deben sobreponerse con el paso del tiempo.

¹⁵⁴⁵ Así, Todorov dirá que los dos principios de la narrativa son la sucesión y la transformación. TODOROV, T. The 2 principles of narrative. *Diacritics*, v. 1, n. 1, 1971, p. 38.

La segunda característica del tipo es que **sugiere un conflicto**. Este conflicto puede no existir, como se dirá enseguida, pero si existe, requerirá una solución. Es básico en la narrativa la idea de que el error requiere solución¹⁵⁴⁶. Esta solución está en la propia norma, porque el conflicto, si hay, termina con la imposición de una sanción. El punto final de la situación conflictiva es la imposición de la sanción. Claro que ello en algo coincide con la idea de prevención general positiva, con la confirmación del ordenamiento, lo que significa decir que se regresa a una situación de estabilidad del ordenamiento, pero esto nos parece secundaria: lo principal, en el micromundo del tipo, es que la pena pone fin al conflicto iniciado. Si ahondamos en esta idea, tenemos también una resolución práctica: cuando el juez dicta una resolución motivada, más que interpretar el tipo, busca justificar el conflicto. Cualquiera que observe una sentencia penal se dará cuenta de que todo juez (o todo buen juez) no se limita a crear una interpretación lingüística adecuada, sino que va más allá: describe cómo la acción típica en los hechos concretos constituyó el conflicto como clímax. Además, al describir la pena, aunque sea la mínima legal, sugiere que se pone fin a la situación desestabilizadora creada por el agente. En el caso contrario, en caso de absolución, demostrará que el conflicto no existió y que la pena no sería entonces el epílogo de un clímax creado por su acción¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴⁶ “Narrative in its very nature makes it humanly possible to relate the Grand and Timeless Principles of a corpus juris to the current particularities of the cases we adjudicate or arbitrate or negotiate, or those in which we help our clients comprehend the circumstances of their lives within the framework of the law or vice versa. “Humanly” possible, because it is through narrative that we provide humanly, culturally comprehensible justifications for our principled decisions and opinions. It is through narrative, rather than through some impeccable, impersonal argument from first precepts, that we show how or why the plaintiff’s or the defendant’s case is to be judged as we judge it. Narrative’s inherent structure fits it for this task. For one thing, narrative is a mode of discourse that takes directly into account the normative element upon which law is based—the existence of a legitimate, canonical state of things that has been complicated by some human action in some particular context or setting. Narrative takes for granted—indeed, takes it as a necessary condition— that in human affairs, the actors are agents whose acts are in some significant way under their own responsible control. Narratives 5equire and provide an accounting of the justifiability of those acts that are alleged to have violated the legitimate expectations of another party or of the community. **And in its very nature, narrative requires resolution**”, AMSTERDAM, A. G.; BRUNER, J. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 141.

¹⁵⁴⁷ Por eso, con todo el respeto a quien piense lo contrario, cuando el juez utiliza expresiones como la *gravedad del delito*, o *la necesidad de que la sociedad responda*, no está sobrepasando los límites legales (¿existe el delito no grave?), siempre que se base en hechos concretos y respete la presunción de no culpabilidad. Destacar las circunstancias y algunos adjetivos -que además deben ser muy sobrios- son formas de resaltar el conflicto creado y huir del puro formalismo, pues sólo basta la adecuación típica sin conflicto. Véase con qué sobriedad aparece en el siguiente pasaje: “Observo que el decreto de prisión preventiva se basó realmente en hechos concretos observados por el juez durante el proceso, en particular la peligrosidad del paciente, no sólo por la gravedad del delito perpetrado, sino también por el *modus operandi*, ya que la asociación criminal movía una gran cantidad de drogas, cuya distribución era comandada por uno de los coacusados desde el interior de una prisión” STF - HC 98754/SP, Rel. Ellen Gracie. Aunque se refiera a la detención procesal, la sentencia contiene observaciones que demuestran que hay algo ahí que va más allá de la tipicidad formal.

Si se interpreta el tipo penal como un conflicto, se responde a la crítica postfinalista que señala los postulados de Welzel como excesivamente formalistas. En efecto, la idea de conflicto introduce un elemento de política criminal en la interpretación típica, al menos en la medida en que se cuestiona si la acción es típica al identificar la narrativa de un conflicto, de un enfrentamiento que debe resolverse y que, si no se impone una pena, permanece irresuelto y desestabiliza el ordenamiento jurídico. La idea política, en el sentido de que existe una presión externa para imponer la conflictividad, será esencial en los postulados aquí sostenidos.

.Surge entonces una idea más apremiante: ¿cuándo no se impone la pena? La pena no será impuesta cuando el conflicto sugerido en el tipo *no se materialice* en la realidad. Existe el relato, los hechos como tal, pero no el conflicto, lo que ocurre en hipótesis ya tradicionales en el derecho penal por su propia estructura dogmática, que, a continuación, no se reinventa aquí, sino que simplemente se observa:

I - La primera hipótesis de un relato no conflictivo es que continúa en un nivel abstracto. En otras palabras, para cambiar el estado de cosas de forma conflictiva, alguien debe actuar. Esta acción solo se produce, en lenguaje narrativo, a través de la definición del personaje, quien alterará el estado de cosas a través de su propio trabajo. En lenguaje dogmático-penal, se trata de una imputación objetiva¹⁵⁴⁸. Como se verá, esa noción del personaje actuante, del agente, es esencial en el contexto de organización criminal.

II – Tampoco habrá conflicto cuando la acción sea socialmente adecuada¹⁵⁴⁹. En este caso, no hay mínimo conflictivo, siempre que haya un agente que modifique el estado de cosas. Esta modificación, descrita en el tipo, a pesar de existir, no es conflictiva, como en el caso clásico del médico que, con un bisturí, abre el vientre del paciente para operarlo y no comete lesiones corporales. Existe, por lo tanto, una acción que coincide con un relato que indicia el conflicto, pero que, puesto en el contexto de valores sociales, no altera suficientemente el *status*, no progresa a un conflicto y, por consecuencia, dispensa solución.

¹⁵⁴⁸ La imputación objetiva se entiende aquí como el criterio normativo para valorar al autor, no (necesariamente) como el criterio específico de los funcionalistas, como una nueva teoría.

¹⁵⁴⁹ El tema de la adecuación social está ampliamente cuidado en la literatura jurídica brasileña, en la monografía de Mello Silveira. Véase: SILVEIRA, R. de M. J. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

III - Cuando la acción está justificada¹⁵⁵⁰. Hay algo peculiar en la acción justificada: aunque el tipo es una situación descrita objetivamente, no es la progresión de un conflicto, sino su resultado. En otras palabras, hay un conflicto previamente enunciado que se resuelve mediante la acción típica. Esto tiene dos consecuencias: en primer lugar, que evidentemente prescinde de la pena, porque ya es el resultado en sí mismo (la pena sería un resultado duplicado para la misma situación conflictiva). En segundo lugar, hay una alteración en el orden de elementos: la situación de justificación presupone un conflicto evidente. Ahí reside la gran prueba: si hay un conflicto previo, la acción típica es su desenlace, con lo cual ese conflicto es la situación justificante. Si no hay conflicto previo (no está la causa de justificación), la situación típica es creadora de su propio conflicto, por lo que necesita su propio desenlace: la sanción penal.

IV - Casi lo mismo pasa con una acción no culpable, pero, en lugar de observarse el pasado, se observa el futuro. Es decir, en que no se puede reprochar a quien es su protagonista, su autor, así que la consecuencia de la pena, futura, no es solución. Ello significará que, aunque la pena sea una consecuencia lógica, no pondría fin al conflicto en la práctica, porque no funcionaría como contrapunto al conflicto sugerido. Ese postulado explica la tendencia a que la culpabilidad tenga menos autonomía, encuadrándose mucho más en una situación de imputación¹⁵⁵¹, que remite al punto I, atrás. En consecuencia, la no culpabilidad significa no poder imputar a un individuo la

¹⁵⁵⁰ Se podría argumentar que, si se está haciendo un juicio de antijuridicidad para averiguar existencia de un conflicto, entonces la narración ya contiene antijuridicidad como elemento negativo del tipo. Este no es el caso. Incluso para la doctrina que más ortodoxamente no acepta los elementos negativos del tipo, se tendrá que asumir que el momento de valorar si los valores no están en conflicto está estrechamente ligado a la tipicidad, ya que ésta es un indicio de antijuridicidad. Aquí pasa lo mismo: la ocurrencia de la situación típica, con la alteración del *statu quo* como en el relato típico, sugiere un conflicto, pero puede no serlo: ya sea porque el conflicto no existe, o porque el conflicto, en ese relato, se estaba resolviendo en lugar de crearse.

¹⁵⁵¹ Así la concepción de que la culpabilidad pierde su valor en el sistema: “Por lo tanto, la culpabilidad es un déficit – exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho – de fidelidad al ordenamiento jurídico, y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit. Y de ningún modo son indicadores insustituibles; la falta de atención, la indiferencia, el desinterés por las consecuencias de una conducta pueden también ser indicios de tal déficit”. JAKOBS, G. *La idea de normativización ...*, cit., p. 100. En sentido parecido: “Esto, sin embargo, sólo es así si su desastroso modo de vida es asunto suyo, por haberse desarrollado partiendo de una situación normal”. JAKOBS, G. *Culpabilidad en Derecho Penal: dos cuestiones fundamentales*. Traducción: Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 52. Aunque con alguna resalva, JAKOBS, G. *El principio de Culpabilidad*, cit., especialmente p. 1079. Schüneman va a defender que Jakobs presenta una argumentación circular, confundiendo culpabilidad e imputación. “presentado exclusivamente como resultado de la imputación jurídico penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso”. SCHÜNEMANN, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. *ADPCP*, en-abril 1996, p. 208. Véase también Alonso Álamó, en la nota siguiente.

situación conflictiva, lo que casi implica no haber personaje en el conflicto, en un resultado no imputable a un agente. Nada distinto de las causas naturalísticas, en número creciente a partir de los filtros normativos que se imponen. Son filtros de conflictividad¹⁵⁵².

V – Cuando la acción no sea punible. Aquí se encuentra toda la labor, tantas veces reiterada, de que es necesario legitimar la disminución o el levantamiento de la pena en los casos de hechos no punibles. A diferencia de la causa de justificación, aquí se entiende que el conflicto indiciado en el tipo, aunque exista, no debe tener como solución la pena, por razones que descansan en una política, pero una política incorporada al ordenamiento jurídico. Las justificaciones que legitimarían estos casos son diversas: o bien se entiende que el tiempo para la pena ya pasó, con lo que esta pierde su naturaleza de solución al conflicto, porque, aunque mantenga un vínculo lógico con la acción, no será percibida como tal. Es lo que ocurre en figuras como las amnistías o la prescripción; o bien se renuncia a solucionar la conflictividad porque la pena sacrificaría otros valores, como en las inmunidades parlamentarias; o bien se renuncia a la pena porque su aplicación potencialmente soluciona un conflicto mayor. Este último es el caso de la delación premiada.

De todos modos, en relación con la punibilidad, surge un conflicto de dirección entre la pena posible y el conflicto: la pena se dirige a un objetivo distinto al de la estabilización del embate, obligando al ordenamiento jurídico a enfocarse en el desvío, lo que conduce a la anulación de la pena. En el caso de la delación, este desvío no solo implica la anulación, sino también un nuevo direccionamiento, excepcional, hacia otros miembros de la organización criminal, en lo que aquí denominamos transpersonalidad.

En ese sentido, ya es mucho más simple comprender dónde este pequeño ensayo final pretende llegar: ese movimiento que transfiere el conflicto del tipo penal común, imputado al delator, para un conflicto más amplio es la esencia de la legitimidad del tipo de organización criminal, que se transfiere al premio al delator. Es la mirada hacia la conflictividad la que permite al Estado perdonar delitos específicos de un individuo,

¹⁵⁵² Una visión muy próxima a la narrativa de la culpabilidad aparece en Mercedes Alonso, quien aproxima la culpabilidad individual a la noción de tragedia a partir de *Antígona*, interpretada por autores como Kierkegaard y el propio Ricoeur, este último relacionando la culpabilidad con la idea de tiempo. Véase: ALONSO ÁLAMO, M. De la culpabilidad trágica a la tragedia de la culpabilidad. In: *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 74-76.

porque este deja de ser el núcleo del conflicto principal: el embate a solucionarse es la organización.

Por ese motivo, la organización criminal y sus tipos penales de pertenencia fueron objeto de análisis más profundo¹⁵⁵³, que ahora requieren alguna revisión, para el uso sistémico del premio al delator, sin perder legitimación o siquiera su integración con la tipicidad.

8.6 Organización criminal como narrativa: tiempo y agentes

El tipo penal de organización criminal tiene una función mucho más amplia que la simple introducción de otra sanción en el ordenamiento. Su objetivo principal es aportar un nuevo contexto al marco normativo, en el que se produce un cambio efectivo en las métricas de los valores involucrados. Esto es lo que aquí se denomina una situación de combate o tendencia hacia la guerra, que, en última instancia, opera como un elemento de legitimidad para la delación premiada, dependiendo del grado en que se avance hacia ese contexto.

Otro camino para llegar a esta misma conclusión es aceptar que el tipo penal ha surgido a partir de esta necesidad de combate, lo que puede comprobarse a simple vista: la introducción del tipo de pertenencia a una organización criminal, en la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos, aparece junto con leyes de naturaleza mixta entre lo procesal y lo penal. Estas leyes incorporan el tipo de pertenencia a organización criminal y la delación premiada, además de diversos elementos de carácter adjetivo, como providencias de investigación.

Si se divide el tipo penal entre su precepto primario y su precepto secundario, no es arriesgado afirmar que este último funciona principalmente como un mecanismo para aumentar la pena en esta situación de combate contra la delincuencia organizada, extendiendo el número de personas que responden por una conducta difícilmente comprensible, en un tipo penal abierto que, en circunstancias normales, sería declarado

¹⁵⁵³ Véase, específicamente, capítulo 5.

inconstitucional por cualquier corte mínimamente garantista. Este incremento del número de personas es relevante porque, en una situación de combate al delito organizado, aumenta el número de potenciales delatores¹⁵⁵⁴.

Así, se destaca la función más prominente de este precepto secundario: aumentar el número de potenciales delatores, incluyendo a quienes no hayan cometido delitos distintos a la mera aproximación a un grupo criminal¹⁵⁵⁵ o incrementando la pena potencial de aquellos que pueden ser acusados de delitos individuales. En este caso, la función de combate es doble: o bien se incrementa el sumatorio de penas impuestas al delincuente, o bien se utiliza como moneda de cambio en la justicia negociada¹⁵⁵⁶. En este último escenario, la inclusión o exclusión de la acusación de pertenencia a una organización criminal está directamente vinculada a la aceptación de colaborar “libremente” con la justicia.

No es necesario reiterar que esta situación tiende a la injusticia; sin embargo, de manera contrafáctica, nos conduce no al enfrentamiento ético de la delación, sino, al contrario, a su legitimidad. Al final, si admitimos una situación de combate, estas distorsiones deberían estar justificadas por el grado de aproximación a un estado de guerra, como se explicará más adelante.

A pesar de todo, para la legitimación, el precepto primario resulta más relevante. Si se mantiene la visión, aquí postulada, del tipo como una narrativa de conflicto, se puede observar que el tipo penal de organización criminal introduce una nueva estructura, permisiva de la flexibilización del derecho penal ordinario. Esto coincide con los

¹⁵⁵⁴ En la práctica, hay incluso el llamado *overload* de delatores, si la oferta de beneficios de la delación no recibe filtros de utilidad. Véase introducción. Será referido también en las conclusiones.

¹⁵⁵⁵ La cuestión de la materialidad del tipo, que no parece proteger un bien jurídico específico, se pone de manifiesto en este punto; sin embargo, no podemos adentrarnos en tal controversia en este momento.

¹⁵⁵⁶ Así lo identifica Tomás-Valiente Lanuza, al notar que, en las negociaciones, la Fiscalía tiene el poder de ofrecer “un cambio de figura delictiva” y, a partir de ahí, considera que “esta extraordinaria flexibilidad del sistema español favorece un rasgo presente, si no en todas, sí – en lo que se nos alcanza – en la mayoría de las conformidades: la dificultad de individualizar en qué medida ha beneficiado al acusado el hecho de conformarse” TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Justicia negociada...* cit., p. 197 Los tipos penales de pertenencia a organización criminal y el lavado de activos son, según lo que aquí se defiende, herramientas clave para la imposibilidad de una negociación ecuaníme, en el sentido que identifica la citada autora. Aunque haya un gran margen de individualización de la pena a partir de las circunstancias, el incremento de la imputación por pertenencia a organización criminal en ese “cambio de figura delictiva” es mucho más significativo y realmente impide al acusado hacer cuentas de ventaja o desventaja en su negociación, a falta de un primer baremo seguro: la imputación de los hechos adecuada a la situación real, sin esas figuras de incremento, que pertenecen al derecho de combate. En ese sentido, no hay cómo evitar constatar que ese tipo penal es la base para toda la delación, no solo porque permite la interpersonalidad de la pena, como se ha explicado, sino porque prepara el campo para una negociación en la cual la acusación empieza con la posibilidad de una hipertrofia de sus condiciones, en una situación evidente de desequilibrio.

principales escollos de la delación premiada, que en este texto ya se planteó: la interpersonalidad y el traslado de la pena hacia el futuro.

La estructura del tipo penal de organización criminal ofrece una narrativa de conflicto que presenta dos grandes diferencias, las cuales merecen atención: el tiempo y los agentes. Mientras que las descripciones típicas del crimen organizado incluyen elementos cuestionables en cuanto a la indefinición de la conducta, la visión aquí sostenida se enfoca en cómo esa inseguridad se traslada o es consecuencia de esta doble innovación del tipo penal. Analizar los cambios en el eje temporal y en el núcleo de agentes-protagonistas del tipo penal de organización criminal revela los cimientos de un derecho premial legitimado, aunque excepcional.

8.6.1 Organización criminal y el tiempo

Al analizar el tipo de pertenencia a una organización criminal o cualquier otro que lo describa, se observa una remisión a un *futuro prolongado* como esencia del tipo penal¹⁵⁵⁷. En España, de manera más precisa, el legislador ha exigido “carácter estable o por tiempo indefinido” (art. 570 bis, CP¹⁵⁵⁸), lo que, más allá de una cuestión temporal, señala claramente que se trata de un ámbito significativamente distinto al de los tipos penales comunes. La proyección que existe en ese ‘tiempo indefinido’ o en la ‘estabilidad’ de la organización implica que esta no tiene un término previsto, representa un cambio de conflicto importante que demanda una solución diferenciada. Si observamos este elemento desde una perspectiva de *status quo ante* → conflicto → solución, se aprecia cómo el eje del tiempo puede influir significativamente en la calidad y en la lógica penal que se aplicará.

Siendo el tiempo el elemento rector del tipo penal y el contenido nuclear de la interpersonalidad y del retraso en la aplicación de la pena, resulta fundamental comprender su relevancia, aunque se reconozca que su conceptualización podría derivar

¹⁵⁵⁷ Véase, atrás, en 5.10, los tipos penales de Iberoamérica, que hacen todos referencia al tiempo y la organicidad.

¹⁵⁵⁸ Así, el 570 bis del Código Penal Español enuncia directamente el tiempo futuro “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o **por tiempo indefinido**, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

en investigaciones filosóficas que se extenderían indefinidamente. Este infinito también puede constituir un problema relacionado con el tiempo: por un lado, el tiempo real u ontológico, y por otro, el tiempo percibido, ambos desempeñan un papel importante en las definiciones que aquí se buscan.

8.6.1.1 Tiempo ontológico

Porque el tipo penal de crimen organizado demuestra la existencia de una acción estable, proyectada hacia el futuro, exige que se conceptualice dicho elemento. Esto significa, en términos más libres, que el investigador dedicado al combate de la delincuencia organizada, aunque no acepte la propuesta de analizar el tipo como un relato conflictivo que integra el paso del tiempo como un elemento interno, debe conceptualizar el tiempo, ya que este es un **componente esencial del tipo penal específico** en cualquier legislación occidental, como ya se ha demostrado. El requisito de “forma permanente” (Perú), “permanencia en el tiempo” (Argentina) o “tiempo indefinido” (España) implica reconocer la relevancia de este elemento.

Si nos remitimos a las ciencias, un concepto naturalístico del tiempo no es tan sencillo como podría parecer. Admitimos una inclinación hacia el estudio profundo de este concepto, aunque ello se orientaría a comprender cuestiones más metafísicas que las que aquí se abordan. Para el presente propósito, es suficiente exponer los aspectos principales, que no representan conceptos diferentes, sino que son complementarios: (1.a) el posible tiempo absoluto de la física newtoniana, (1.b) el tiempo no absoluto de las teorías de la relatividad y (2) el problema de la flecha del tiempo (*time arrow*) desde la perspectiva de la entropía.

Se sabe que el tiempo es perceptible y se manifiesta indirectamente a través de elementos de la observación cotidiana: la transición del día a la noche, el desgaste natural de las cosas, los cambios de la Luna y las consecuentes mareas, las estaciones del año y, en última instancia, el envejecimiento de todo ser viviente. Todo ello refleja una visión naturalística de que, si bien el tiempo no es perceptible ontológicamente —porque siempre vivimos en el presente—, las consecuencias de su paso son empíricas. Este es, al menos, un punto de partida.

8.6.1.1.1 Relatividad del tiempo

Desde la percepción a la que nos referimos, la física newtoniana utilizó la idea de tiempo absoluto, aunque haya que reconocer que este no era empírico¹⁵⁵⁹. En otras palabras, la física clásica ya admitía que el tiempo que vivimos y medimos, al igual que las distancias y el movimiento, no son más que fragmentos de esa idea de espacio y tiempo ideal. Sin embargo, a diferencia de las teorías posteriores no newtonianas, el tiempo absoluto existe¹⁵⁶⁰, como está afirmado en su *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*. Para los presentes objetivos, de momento, basta con la afirmación de Newton de que, aunque la Física debe trabajar con un tiempo relativo en su momento, el Universo tendría un tiempo absoluto. La medición de este tiempo absoluto en el mundo que reconocemos es, para esa física tradicional, el tiempo empírico.

La transición de la física newtoniana a la relatividad, desde luego, cobra gran importancia. Einstein relativizó incluso esta idea de tiempo absoluto, de tiempo universal, con planteamientos que, cada vez más confirmados, tienen consecuencias muy amplias respecto a las interpretaciones del paso del tiempo. Un predicativo de tiempo ilusorio (o

¹⁵⁵⁹ “Accordingly, while Newton's distinctions between absolute and relative time and space provide a conceptual basis for his explicating his distinction between absolute and relative motion, absolute time and space cannot enter directly into empirical reasoning insofar as they are not themselves empirically accessible. In other words, the *Principia* presupposes absolute time and space for purposes of conceptualizing the aim of measurement, but the measurements themselves are always of relative time and space, and the preferred measures are those deemed to be providing the best approximations to the absolute quantities. Newton never presupposes absolute time and space in his empirical reasoning. Motion in the planetary system is referred to the fixed stars, which are provisionally being taken as an appropriate reference for measurement, and sidereal time is provisionally taken as the preferred approximation to absolute time. Moreover, in the corollaries to the laws of motion Newton specifically renounces the need to worry about absolute versus relative motion in two cases: *Corollary 5*. When bodies are enclosed in a given space, their motions in relation to one another are the same whether the space is at rest or whether it is moving uniformly straight forward without circular motion. *Corollary 6*. If bodies are moving in any way whatsoever with respect to one another and are urged by equal accelerative forces along parallel lines, they will all continue to move with respect to one another in the same way as they would if they were not acted on by those forces”. SMITH, G. *Newton's Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*. [California]: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2008. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/newton-principia/>.

¹⁵⁶⁰ Las ideas newtonianas tuvieron gran influencia en Kant, que allá encontró el principio para la distinción entre un tiempo real y un tiempo subjetivo. En las palabras de Reichenbach “Kant presents us with long arguments in favor of his conceptions. He says that knowledge results from an interaction between physical reality and the human mind, and that the human mind superimposes certain forms on the physical things in order to make them comprehensible and accessible to order. Such forms are space and time. In particular, they are called *forms of visualization*, a term meaning that space and time determine the way to see things, that is, they impose conditions on our perceptions of things but have no significance for things apart from their relation to a human observer. REICHENBACH, H. *The Direction of Time*. Berkeley: University of California Press, 1971, p. 13.

no absoluto) implica el valor retórico de desconfigurar las interpretaciones de tiempo ontológico y tiempo perceptible. Es fundamental conocer esta interpretación porque, evidentemente, la idea de "tiempo relativo", cada vez que se abordan conceptos de tiempo, genera confusiones.

Como resumen de lo que ya se conoce, en 1905, Einstein envió a la revista *Annalen der Physik* su teoría de la relatividad especial. El artículo fue recibido por el director de la revista, Max Planck, quien reconoció el acierto de la teoría y lo publicó ese mismo año bajo el título *Zur Elektrodynamik bewegter Körper*¹⁵⁶¹. Las razones que allí se exponen no son de difícil comprensión, aunque lo mismo, claro está, no puede decirse acerca de la demostración matemática que las sostiene¹⁵⁶². Einstein advirtió que el tiempo matemático y el tiempo físico deben ser apartados, y que, para abordar una noción que abarque ambos, la definición de tiempo es mucho menos filosófica de lo que se imagina: **el tiempo es el movimiento del reloj**¹⁵⁶³. En un sistema estacionario, el tiempo puede crear eventos simultáneos en espacios distintos. Sin embargo, si se coloca un observador en movimiento, los tiempos en relojes previamente coordinados para el sistema estacionario ya no serán los mismos¹⁵⁶⁴. Así, mediante las ecuaciones que determinan todas las relaciones entre la velocidad de la luz y la transformación del sistema estacionario al sistema en movimiento uniforme, surge una ecuación de relatividad respecto al movimiento¹⁵⁶⁵. En resumen, con la teoría de la relatividad restringida se

¹⁵⁶¹ EINSTEIN, A. *Zur Elektrodynamik bewegter Körper*. *Annalen Der Physik*, v. 322, p. 891-921, 1905. Para este estudio, utilizamos esa edición en PDF, además de la traducción en inglés que apareció en el libro *The Principle of Relativity*, publicado en 1923 por Methuen and Company, Ltd. of London, ampliamente disponible en internet.

¹⁵⁶² De momento, no se propone una comprensión específica de la demostración matemática de la Relatividad Especial, aunque puede interpretarse de modo genérico. Sin embargo, este texto no se ocupa de su demostración, y mucho menos de una oposición a ella. Basta con afirmar que la relatividad del tiempo ya ha sido empíricamente confirmada por diversos elementos de experimentación que implican altísimas velocidades (como en los aceleradores de partículas) o distancias enormes, como en el caso de la necesidad de un ajuste constante de los relojes de los satélites artificiales que orbitan el planeta.

¹⁵⁶³ “Now we must bear carefully in mind that a mathematical description of this kind has no physical meaning unless we are quite clear as to what we understand by “time.” We have to take into account that all our judgments in which time plays a part are always judgments of simultaneous events. If, for instance, I say, “That train arrives here at 7 o’clock,” I mean something like this: “The pointing of the small hand of my watch to 7 and the arrival of the train are simultaneous events.”³ It might appear possible to overcome all the difficulties attending the definition of “time” by substituting “the position of the small hand of my watch” for “time.” *The Principle of Relativity*, published in 1923 by Methuen and Company, Ltd. of London

¹⁵⁶⁴ “So we see that we cannot attach any absolute signification to the concept of simultaneity, but that two events which, viewed from a system of co-ordinates, are simultaneous, can no longer be looked upon as simultaneous events when envisaged from a system which is in motion relatively to that system” in: *The Principle of Relativity*, published in 1923 by Methuen and Company, Ltd. of London.

¹⁵⁶⁵ “To any system of values x, y, z, t , which completely defines the place and time of an event in the stationary system, there belongs a system of values ξ, η, ζ, τ , determining that event relatively to the system k , and our task is now to find the system of equations connecting these quantities”. *Idem*.

comprueba la dilatación temporal; concretamente, aquel que se encuentra en movimiento experimenta el paso del tiempo de forma más lenta que quien no está en movimiento. Por supuesto, para que esta diferencia en el paso del tiempo sea perceptible, las velocidades alcanzadas por los objetos deben ser **extremadamente altas**.

Es evidente que esto cambia por completo la concepción de velocidad relativa de Newton y la simple imposibilidad de comprobar un tiempo absoluto. Tras la teoría de la relatividad especial, el tiempo absoluto deja de existir. Por la concreción y objetividad de sus demostraciones, la relatividad del tiempo en proporción con la velocidad no encontró grandes obstáculos para su aceptación. Esto permite afirmar que el tiempo es relativo a la imposición de una velocidad.

No obstante, la teoría de la relatividad general, también formulada por Albert Einstein, no obtuvo el mismo nivel de aceptación inicial debido a su complejidad. Publicada en 1915, diez años después de la relatividad especial, la teoría general abordó aspectos mucho más amplios, aunque directamente derivados de la primera: las relaciones del tiempo con el espacio, la masa y la fuerza. De manera muy resumida —dado que ya se aproxima el límite del interés de este texto—, la relación entre tiempo y espacio es tan profunda que da lugar a la noción de espacio-tiempo. La gravedad, que atrae objetos, no es una fuerza, sino una curvatura, y es la materia la que dicta el grado de curvatura del espacio-tiempo, mientras que el tiempo determina cómo debe moverse el espacio-tiempo.

A partir de la relatividad general, la dilatación temporal descrita en la relatividad especial fue elevada al rango de explicación de gran parte de la formación del universo y su funcionamiento a escalas exponenciales. Dado que, en el mundo percibido por el ser humano, las masas, espacios, velocidades y tiempos de existencia son absolutamente insignificantes en términos universales, es evidente que la percepción y el cálculo de todo lo relacionado con el tiempo, dentro de las relaciones humanas, siguen aún las reglas de la física newtoniana¹⁵⁶⁶. No deja de ser interesante, sin embargo, que aún se pueda utilizar la definición de Einstein para el tiempo: **el movimiento del reloj**.

¹⁵⁶⁶ Nuestra percepción del espacio no es curva; la existencia de las masas de los objetos cotidianos no afecta el paso del tiempo y, siquiera para la relatividad especial, es imposible que nos movamos a velocidades que lleguen a afectar el eje temporal en una relación individuo-ambiente o transindividual. Sin embargo, se puede destacar que, a partir de la Relatividad General de Einstein, cada vez más comprobada en laboratorios y agencias espaciales, muchas de las explicaciones filosóficas sobre el tiempo, que buscaban su ontología, caen por tierra. En otras palabras, las explicaciones de los filósofos del tiempo que anteceden la aceptación de la teoría de la relatividad solo pueden comprenderse como teorías sobre la percepción del

8.6.1.1.2 Más relevante: la dirección del tiempo

La teoría de la relatividad permite comprender el tiempo tal como se verifica que existe universalmente, pero no resuelve una cuestión que, ahora sí, tiene efectos prácticos para los postulados que aquí se sostienen: la proyección hacia el futuro del tipo penal de conflicto más prolongado. Este aspecto se vincula con la dirección del tiempo. En términos sencillos, la concepción de Einstein sobre la relatividad entre tiempo y espacio, el cambio del ritmo del tiempo-reloj según la velocidad y, finalmente, la curvatura del espacio causada por la masa, ha introducido una relativa —valga la redundancia— flexibilidad en la concepción del tiempo. Sin embargo, esto no implica arbitrariedad, aunque llevó a los científicos a plantear una pregunta que, antes de otras problematizaciones, parecía innecesaria: ¿por qué el tiempo, aunque sea relativo, no se mueve hacia atrás? ¿Es posible que el estado de las cosas retroceda a tiempos anteriores?

Esta pregunta desciende del plano etéreo de la discusión, alejándose de las grandes interrogantes sobre el paso del tiempo universal o la posibilidad de que grandes masas curven el espacio sobre sí mismas, permitiendo un regreso al pasado. La duda que persiste es: ¿podemos regresar del pasado o anticiparnos al futuro? El efecto práctico de esta cuestión es evidente en la concepción del sentido de la pena hasta ahora sostenida. Retomando a Hegel¹⁵⁶⁷¹⁵⁶⁸, la cuestión es: ¿el hombre es siempre una expectativa de

tiempo, su paso o su ritmo en términos subjetivos, cuando no psicológicos. En ese sentido, la Relatividad General, que conecta el tiempo con la curvatura del espacio, tiene cabida en el presente estudio, ya que aporta concreitud a lo que el tiempo realmente es.

¹⁵⁶⁷ El paso del tiempo es ampliamente estudiado por los lingüistas. Pero también en filosofía, el punto de vista dialéctico es ampliamente revisado. Véase, entre otros que serán comentados, Arantes, Arendt e Ricoeur. Este, en su RICOEUR, P. *The art of narrative*. v. 3. Chicago: University of Chicago, 1988, p. 192, coloca: “Should we confront Hegel?” En el momento de la formulación de su teoría, véase: RICOEUR, P. *The art of narrative*. v.3. Chicago: University of Chicago, 1988.

RICOEUR, P. The human experience of time and narrative. *Research in phenomenology*, v. 9, 1979.

¹⁵⁶⁸ Ricoeur, analizando el tiempo en la narrativa, se muestra extremadamente crítico con la postura hegeliana de que este presente se proyecta hacia el futuro y resume el pasado conocido. En su opinión, Hegel superpone conceptos que fomentan la confusión: “Starting from the end and returning toward the beginning, in a backward reading, our suspicion finds an initial handhold in the final equating of the *Stufengang der Entwicklung* and the eternal present. The step we can no longer take is this one that equates with the eternal present the capacity of the actual present to retain the known past and anticipate the future indicated in the tendencies of this past. The very notion of history is abolished by philosophy as soon as the present, equated with what is real, abolishes its difference from the past. The self-understanding that goes with historical awareness is born precisely from the unescapable fact of this difference. What stands out, for us, is the mutual overlapping of the three terms, Spirit in itself, development, and difference, that, taken together, make up the concept of the *Stufengang der Entwicklung*”. RICOEUR, P. *Time and Narrative*. op. cit, p. 202.

futuro o puede ser una expectativa de pasado¹⁵⁶⁹? Y, de manera más concreta: ¿una pena puede orientarse hacia un tiempo pasado? ¿Por qué asumimos que, al referirnos al tiempo indefinido de la duración de una organización criminal, hablamos del futuro? En este caso, ¿por qué consideramos que la solución de determinado conflicto deflagrado se dará en un tiempo posterior?

La respuesta a la flecha del tiempo (arrow of time) o la dirección del tiempo fue dada por Ludwig Boltzmann a partir de la segunda ley de la termodinámica, en un análisis acompañado por Max Planck y Einstein¹⁵⁷⁰. En resumen, Boltzmann observó que el tiempo se percibe como un presente-ahora, mientras que el pasado se explica mediante algo muy familiar a los penalistas: las relaciones de causalidad¹⁵⁷¹. Un hecho causa el siguiente, y un fenómeno posterior no puede ser causa del anterior. Esto se relaciona con la entropía, concepto de la segunda ley de la termodinámica, según la cual las cosas tienden a igualarse en concentración de materia o energía. En este contexto, la termodinámica “conduce directamente a la irreversibilidad natural de los procesos. Toma como válida una función, la entropía, cuyo valor solo puede ir en una dirección”. En el universo newtoniano, la dirección es de menor entropía a mayor entropía. La segunda ley de la termodinámica, por tanto, explica la irreversibilidad de los hechos en este universo¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁹ La idea de Hegel del hombre como ‘futuro anticipado’ y la importancia del tiempo en el *espíritu subjetivo* fue referido cuándo se aborda de prevención general. Véase, atrás, 3.2.2.

¹⁵⁷⁰ “At the same time, Boltzmann’s ideas displayed deep intuition that was fully understood and appreciated by his followers (who include such figures as Planck and Einstein) only after his death. Boltzmann’s time hypothesis is one of these great ideas, whose importance could not possibly be understood, let alone appreciated, during his times”. KLIMENKO, A. Y. The direction of time and Boltzmann’s time hypothesis. *Physica Scripta*, v. 94, n. 3, 2019.

¹⁵⁷¹ “While the directional nature of time needs to be related to measurable physical quantities, establishing this relation seems problematic—all major physical theories, including classical and quantum mechanics, special and general relativity are time-symmetric. There is an important exception represented by thermodynamics: entropy tends to increase forward in time according to the second law of thermodynamics. As previously noted, the directional properties of the second law have been repeatedly used by philosophers to define the preferential direction of time” KLIMENKO, A. Y. The direction of time..., *cit.*

¹⁵⁷² “Thus general thermodynamics holds fast to the invariable irreversibility of all natural processes. It assumes a function (the entropy) whose value can only change in one direction—for example, can only increase—through any occurrence in nature. Thus it distinguishes any later state of the world from any earlier state by its larger value of the entropy. The difference of the entropy from its maximum value— which is the goal [Treibende] of all natural processes—will always decrease. In spite of the invariance of the total energy, its transformability will therefore become ever smaller, natural events will become ever more dull and uninteresting, and any return to a previous value of the entropy is excluded”. BOLTZMANN, L. *Lectures on Gas Theory*. New York: Dover Publications, 1995 (Original 1896, *Vorlesungen über Gastheorie*), p. 402.

Para Boltzmann, el universo no siente la flecha del tiempo, al igual que no siente una flecha del espacio (no hay en todo el universo un *arriba* o un *abajo* absolutos) ¹⁵⁷³. Sin embargo, **existe un movimiento hacia lo más probable** en términos de entropía, es decir, hacia el futuro. Ese es el tiempo que los individuos pueden experimentar. Boltzmann demostró que la entropía se relaciona con una probabilidad: existe porque hay casi infinitamente más estados de mezcla de materia y temperatura que de aislamiento, cuando se involucran millones de átomos. A partir de su fórmula matemática, concluyó que el tiempo avanza hacia el futuro y, por tanto, para nosotros es irreversible debido a una cuestión de probabilidad extremadamente alta¹⁵⁷⁴. El mundo se mueve de lo no entrópico hacia lo entrópico, y retroceder al pasado equivaldría a buscar lo no entrópico, algo prácticamente imposible.¹⁵⁷⁵

Por ello, la física y las matemáticas confirman lo que sentimos: una expectativa del futuro. Además, en términos subjetivos, el paso del tiempo **implica una espera por la organización**, por la entropía. En términos filosófico-narrativos, esta espera por la organización se interpreta como una figura de resolución de conflictos, que se renueva con cada cambio de estatus, generando nuevas conflictividades. La marcha del tiempo hacia el futuro es la base de una constante expectativa del individuo, quien, a partir de ella, varía su percepción del tiempo.

Es aquí donde resulta relevante que la comunidad de las ciencias exactas haya aceptado la teoría de Boltzmann: si el tiempo marcha solo hacia adelante a causa de la

¹⁵⁷³ “For the universe, the two directions of time are indistinguishable, just as in space there is no up or down. However, just as at a particular place on the earth’s surface we call “down” the direction toward the center of the earth, so will a living being in a particular time interval of such a single world distinguish the direction of time toward the less probable state from the opposite direction (the former toward the past, the latter toward the future). By virtue of this terminology, such small isolated regions of the universe will always find themselves “initially” in an improbable state. This method seems to me to be the only way in which one can understand the second law—the heat death of each single world—without a unidirectional change of the entire universe from a definite initial state to a final state” BOLTZMANN, L. *Lectures on Gas Theory*, cit., p. 403.

¹⁵⁷⁴ El universo, por lo tanto, camina del estado de lo menos probable para lo más probable. Así es la entropía y, luego, la flecha del tiempo. Según Boltzmann, es incluso posible que pase al revés en algún mundo, por análisis combinatoria, pero muy poco probable. “In the entire universe, the aggregate of all individual worlds, there will however in fact occur processes going in the opposite direction. But the beings who observe such processes will simply reckon time as proceeding from the less probable to the more probable states, and it will never be discovered whether they reckon time differently from us, since they are separated from us by eons of time and spatial distances 10^{10} times the distance of Sirius— and moreover their language has no relation to ours”. BOLTZMANN, L. *Lectures on Gas Theory*, cit., p. 404.

¹⁵⁷⁵ En física estadística, la ecuación de Boltzmann es una ecuación de probabilidad que relaciona la entropía S de un gas ideal con la cantidad W , el número de microestados reales correspondientes al macroestado de gas: $S = k_B \ln W$, donde k_B es la constante de Boltzmann (también escrita como simplemente k) e igual a 1.38065×10^{-23} J/K. En resumen, la fórmula de Boltzmann muestra la relación entre la entropía y el número de formas en que se pueden organizar los átomos o moléculas de un sistema termodinámico.

entropía, esto significa que la causa del paso del tiempo es la estabilidad, aunque sea una estabilidad caracterizada por el desorden. Por la entropía que el tiempo no puede retroceder. Así, desde un sentido narrativo, si se entiende el conflicto como una acción que altera un estado de probabilidad y lo convierte en un ápice de ataque a la aleatoriedad, el paso del tiempo se define por la tendencia a la disolución de ese conflicto. A su vez, el conflicto puede medirse en función del tiempo, considerando su tendencia a la estabilización, como en una igualdad de concentraciones.

El problema de esta percepción, que no corresponde a la física, será abordado en el siguiente subtítulo.

8.6.1.2 Tiempo percibido

Si existe un paso obligatorio del tiempo hacia el futuro, es plausible que en el Derecho penal se utilice la definición de tiempo propuesta por Einstein, lo que podría resolver otros cuestionamientos: el tiempo como el **movimiento del reloj**¹⁵⁷⁶. Para

¹⁵⁷⁶ La simplificación que hace Einstein está inspirada por la problematización de Henri Bergson. Esa reducción no significa ignorar la realidad, sino evitar planteamientos filosóficos que diferencien, en la física, el tiempo psicológico del tiempo real. Esto surge porque Einstein se inspiró en los planteamientos de Bergson, quien, *grosso modo*, afirmaba que el tiempo medido por el movimiento del reloj no existe, sino que es una ilusión. Cuando aquí hablamos de tiempo ontológico y tiempo percibido, evidentemente nos aproximamos a la diferencia entre “tiempo medido (*measured time/temps homogène*)” y “duración (*duration/durée*)”, según la definición de Bergson. La diferencia radica en que no aceptamos (bien acompañados por Einstein) que el tiempo real no exista, si este está mecánicamente determinado y, más aún, si hay una regla física de entropía que indica su paso hacia adelante. Por ello, decimos ‘tiempo ontológico’ para poner en evidencia que existe; pero, muy próximo a Bergson, del mismo modo en que Einstein se aproximó, asumimos que en el derecho penal el tiempo percibido es más relevante, así como lo es la *durée*. En resumen, aquí se postula que el hecho de que el tiempo ontológico no sea percibido por la mente y que la realidad humana solo tenga un elemento (el presente) no implica decir que el tiempo no existe, sino que su relevancia para procesos humanos, entre los cuales están la narrativa, la sanción, etc., es bastante mitigada. Apenas para documentar, está la distinción fundamental de Bergson, que aún incomoda a los filósofos: “When I follow with my eyes on the dial of a clock the movement of the hand which corresponds to the oscillations of the pendulum, I do not measure duration, as seems to be thought; I merely count simultaneities, which is very different. Outside of me, in space, there is never more than a single position of the hand and the pendulum, for nothing is left of the past positions. Within myself a process of organization or interpenetration of conscious states is going on, which constitutes true duration. It is because I endure in this way that I picture to myself what I call the past oscillations of the pendulum at the same time as I perceive the present oscillation. (...) Now, if we try to determine the exact part played by the real and the imaginary in this very complex process, this is what we find. There is a real space, without duration, in which phenomena appear and disappear simultaneously with our states of consciousness. There is a real duration, the heterogeneous moments of which permeate one another; each moment, however, can be brought into relation with a state of the external world which is contemporaneous with it, and can be separated from the other moments in consequence of this very process. The comparison of these two realities gives rise to a symbolical representation of duration, derived from space.” BERGSON, H. *Time*

Einstein, esta definición no es más que un axioma para sus derivaciones, pero es necesario reconocer que resulta funcional o, al menos, suficiente en muchos campos del derecho penal. Por ejemplo, en las medidas contempladas en el Código Penal, en una serie de tiempos procedimentales inscritos en sus artículos, o en cuestiones más elementales como la edad del individuo y, desde luego, los límites de las penas, tanto en su previsión como en su individualización. Sin embargo, para el elemento conflictivo, esa noción de tiempo no resulta adecuada, lo que se evidencia en el tipo penal de organización criminal, descrito como algo duradero, estable o de "tiempo indefinido". En este contexto, la noción de tiempo se aproxima más a la *time arrow*.

No obstante, esta flecha del tiempo suele aparecer, de manera no poco común, como una visión "profanada" a partir de su simplicidad científica¹⁵⁷⁷. En otras palabras, se despoja de la existencia y la medición toda característica excepto la constante marcha hacia el futuro, donde las cosas tienden a organizarse o, en un lenguaje narrativo, donde los conflictos encuentran solución¹⁵⁷⁸.

Esta necesidad de proyección hacia el futuro, otra vez con Hegel¹⁵⁷⁹, no es más que una infinita espera de resolución, de un momento de organización-entropía, en el que el desorden cese de existir. Evidentemente, se trata de un camino infinito, motivo por el cual la expectativa nunca se extingue y la proyección se perpetúa eternamente.

De forma muy básica, esta descripción hegeliana representa la percepción del tiempo narrativo, con la diferencia de que la narrativa promete una solución final. Si, como afirma Bruner, "pensamos narrativamente", es decir, que la mente interpreta el

and Free Will (Essai sur les données immédiates de la conscience). London: George Allen and Company, 1913, p. 108-110

¹⁵⁷⁷ Se utiliza el concepto de 'profanar' la ciencia a partir de Torío López, quien, al proponer la existencia de 'elementos científicos' en el tipo, luego anota que esa ciencia será profanada para corresponder al lenguaje y a la aplicación jurídica. Es lo que ocurre aquí. Véase: "Este acercamiento del Derecho al pensamiento científico proporciona indicaciones sobre el desarrollo futuro, cuando el derecho penal acentúe la conexión con las ciencias experimentales y supere progresivamente la autorreconstrucción profana de sus primoriales contenidos (causalidad, imputabilidad, etc.)" TORÍO LÓPEZ, Á. Elementos teleológicos y científicos en el tipo del injusto. In: *El nuevo derecho Penal Español - Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*. Madrid: Aranzadi, 2001, p. 820.

¹⁵⁷⁸ ¹⁵⁷⁸ Así Todorov quien, al principio de sus análisis literarios, dirá que incluso cuando se narran elementos aparentemente simultáneos, hay en ellos un orden temporal. TODOROV, T. The 2 principles of narrative. *Diacritics*, v. 1, n. 1, 1971. Su obra sobre narrativa es todo un clásico acerca del tiempo percibido, a que aquí apenas se hace remisión. TODOROV, T. *As estruturas narrativas*. Traducción: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Perspectiva, 2013.

¹⁵⁷⁹ Véase, atrás, 3.2.2

mundo y la ley (en sus palabras, "law lives on narrative"¹⁵⁸⁰) a través de la identificación del conflicto y la expectativa de su resolución, resulta comprensible que, cuanto más complejo sea el conflicto, mayor sea el tiempo necesario para su solución¹⁵⁸¹. Esto disminuye la expectativa de una resolución inmediata **y permite trasladar la solución del conflicto a un futuro más distante**¹⁵⁸². Además, ello coincide directamente con aquello que los penalistas indican como núcleo de la organización criminal: en palabras de Silva Sánchez, el "peligro permanente para la paz"¹⁵⁸³.

A través de la idea de un tiempo percibido como más amplio, es posible responder a la segunda interrogante aquí postulada¹⁵⁸⁴¹⁵⁸⁵. Si el conflicto inherente a la organización criminal es mucho más extenso (función asociada a su aproximación conceptual con la guerra), resulta natural esperar que su solución se difiera en el tiempo, necesariamente hacia el futuro. En esta percepción, se legitima que la pena no se aplique al delincuente-delator. El perdón se convierte en una **adecuación temporal** a la solución de un conflicto más amplio, en el que el delito individual deja de ser el núcleo principal, siendo reemplazado por el conflicto de la organización criminal. Este conflicto, además, no constituye un actuar sino una existencia, como se desarrollará en el siguiente apartado.

Con este desplazamiento del eje del individuo hacia la organización y con la ampliación temporal derivada del conflicto, la extensión del tiempo naturalista surge como una consecuencia directa: la solución del Estado al conflicto se pospone a un

¹⁵⁸⁰ AMSTERDAM, A. G.; BRUNER, J. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 110.

¹⁵⁸¹ Sobre el tema, Bruner, en complementación: BRUNER, J. *La fabbrica delle storie* - Diritto, letteratura, vita. Traducción: Mario Carpitella. Bari: Editori Laterza, 2002, p. 38.

¹⁵⁸² Bruner sostiene, en el mismo sentido, que pensamos narrativamente. Con palabras parecidas (*protagonist, trouble, verossimilitude*), el autor sostiene que la principal forma de aprendizaje es la categorización y, entre ellas, la narrativa. La estructura de personaje, problema y solución verosímil se mantiene siempre, aunque se haga más compleja. "(...) So predisposed is the human mind to narrative that we even experience the events of everyday life in narrative form and assign them to categories derived from some particular kind of story. It simply will not do that events roll by us purposelessly, One Damn Thing After Another. We shape them into strivings and adversities, contests and rewards, vanquishings and setbacks. We do this, however sophisticated we may be. Indeed, sophistication may be nothing else than overlaying more and more elaborate stories on the simpler ones that continue to enthrall our imagination". AMSTERDAM, A. G.; BRUNER, J. *Minding the Law*, cit., p. 31.

¹⁵⁸³ Véase, atrás, 5.7.

¹⁵⁸⁴ Interrogante 1.b, conforme enunciado en este capítulo.

¹⁵⁸⁵ En un ejemplo muy sencillo, Bal muestra cómo el tiempo es variable a causa de la conflictividad. La tensión de un inmigrante sin documentación intentando cruzar el *checkpoint* le paraliza el pso del tiempo.: "Time is thick and complex, not at all linear and single-stranded. To grasp this thickness of time, imagine the life of an undocumented immigrant. The moment of border crossing occurs after a long journey. The heightened danger intensifies that moment, even if it can take days to actually cross. Once inside the new country, the immigrant's inner clock starts ticking". BAL, M. *Narratology*. Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 66-67.

momento futuro, donde sea posible abordar el elemento narrativo de la organización criminal. Una respuesta inmediata solucionaría únicamente el conflicto específico generado por el delito cometido por el delator, pero esa no es la verdadera percepción del tiempo en un contexto de aproximación a la guerra.

A partir de lo anterior, resulta más evidente responder a la segunda pregunta que, desde el inicio de esta monografía, nos ha inquietado: ¿cómo se legitima la **interpersonalidad** de la pena¹⁵⁸⁶? Es el tema del siguiente subtítulo.

8.6.2 Interpersonalidad e identidad autónoma

La cuestión de la interpersonalidad¹⁵⁸⁷ de la pena, que admite compensar la sanción debida al delator por otra que será imputada a otro individuo, busca su legitimidad desde el inicio de esta monografía. En ella se encuentra el gran escollo del utilitarismo, pues este explica la ganancia derivada de la delación, pero no la hace jurídicamente sostenible¹⁵⁸⁸. Aquí se ha destacado del tipo penal de organización criminal dos características específicas: la remisión a un tiempo futuro y la **multiplicidad de agentes**¹⁵⁸⁹. La doctrina, como se analizó anteriormente, interpreta esa multiplicidad como algo cualitativamente distinto a un "conjunto ampliado de personas", ya que este último no indica más que una división de trabajo, típica de las cuestiones de autoría y participación en el concurso común de agentes.

En una interpretación tradicional, la pertenencia a la organización criminal constituye un delito individual. Existe la organización como un objeto del mundo exterior y el individuo que a ella se vincula, apoyando, financiando o simplemente perteneciendo, está cometiendo el delito. Sin embargo, ese delito no es más que una herramienta necesaria para configurar el verdadero conflicto narrativo del tipo: la existencia de la organización. Por ello, excluimos los problemas que la dogmática tradicional identifica en el tipo, como el controvertido castigo por mera pertenencia, el financiamiento de su existencia sin un resultado naturalístico específico, o la ausencia de cualquier conducta.

¹⁵⁸⁶ Interrogante 1.a, conforme enunciado en este capítulo.

¹⁵⁸⁷ Véase 1.5.3.

¹⁵⁸⁸ Es, como ya se ha afirmado, también el punto de partida de la Teoría de juegos: la parte quiere ganar, maximizar su *payoff*, que no puede trasladar inmediatamente al derecho.

¹⁵⁸⁹ Véase capítulo 5.3.

Todo ello ha sido ampliamente tratado por la doctrina, como se expuso en el capítulo correspondiente¹⁵⁹⁰, y en este momento solo nos acerca indirectamente a una solución.

Ahora bien, si se observa el tipo penal como aquel que, en lugar de enunciar una simple conducta de pertenencia, plantea **un nuevo conflicto con características disruptivas**, el tipo de organización criminal aporta mucho más a la legitimidad del derecho premial, específicamente en relación con la delación. Basta plantear la pregunta de cuál es el conflicto que debe solucionarse (por ejemplo, en el art. 570 bis) para concluir que no radica en que el individuo forme parte de la organización. La sanción por pertenencia castiga al individuo por acercarse al enemigo en una situación de combate declarado, pero ese acercamiento individual es un efecto, no una causa autónoma. El conflicto se origina en la existencia misma de la organización. Evidentemente, en sentido contrario, la condición de delator adquiere el significado de un alejamiento del enemigo, o sea, de ese grupo protagonista del conflicto del tipo penal disruptivo. En casos extremos, tal alejamiento justifica la disminución de la pena al delator, en el sentido de un "arrepentido," no de su delito en sí, sino de haber formado parte de la organización.

Así, en términos de acción, conflicto, expectativa, clímax y solución, la organización criminal presenta una naturaleza única. En ella, el individuo ya no es quien actúa, por lo que el protagonista del conflicto, el que genera la alteración del *status quo* necesaria para la situación conflictiva, se traslada del agente al ente colectivo, a la organización como persona colectiva y unificada. Si tomamos un ejemplo literario, los personajes colectivos, esos momentos orgánicos en que el ambiente es el foco de la evolución del conflicto, no son novedosos en la narrativa, pero sí lo son en el derecho¹⁵⁹¹. Tipos penales como el de riña tumultuaria (art. 154 del Código Penal)¹⁵⁹² son colectivos, pero no constituyen un elemento único que impulse la conflictividad, ya que el núcleo sigue siendo el individuo sobre quien recae la pena. La organización criminal, en cambio, demanda del Estado una reacción, con la consecuencia evidente de que la pena aplicada a un individuo, el delator, ya no soluciona el conflicto y ni siquiera aproxima en el tiempo el desenlace esperado. Por ello, el individuo es siempre un coadyuvante, un partícipe

¹⁵⁹⁰ Véanse, atrás, 5.5 y 5.5.

¹⁵⁹¹ Ejemplos conocidos como, en España, *La Colmena*, de Camilo José Cela; en portugués, "O ateneu" de Raul Pompeia; En Frances, bien *Germinal* o *Lés Miserables* tienen la misma característica de un personaje colectivo. Para un análisis de esa condición en la ficción contemporánea, véase: BEKHTA, N. *We-Narratives: Collective Storytelling in Contemporary Fiction*. Ohio: The Ohio State University Press, 2020.

¹⁵⁹² Véase, atrás, 4.7.

lejano del conflicto que el Estado debe resolver, lo que autoriza que se le cancele la pena como una forma de perdón o que esta se reduzca, para ser aplicada a otro individuo de este colectivo que esté más próximo a ese núcleo conflictivo y delictivo. Al sentenciar a un individuo de mayor rango en la estructura de la organización o al confiscar sus ganancias, se aproxima el desenlace del conflicto original, el cual permanece proyectado hacia el futuro: una organización criminal que seguiría existiendo sin la colaboración del delator.

Esto explica la transpersonalidad: la pena deja de aplicarse al individuo porque, **en el contexto del tipo como relato de un conflicto, el individuo ya no es el agente; el agente es el ente colectivo de la organización.** La pena impuesta a un individuo no resuelve el conflicto planteado.

Esa idea de transferencia del eje del conflicto explica también la transposición del resultado. Al final, quien realiza una delación recibe un premio (la exención de punibilidad), como ocurre en casos de tentativa o arrepentimiento eficaz. Sin embargo, su propio delito fue consumado, de modo que la influencia de su arrepentimiento en el resultado del delito individual es nula. No obstante, el conflicto nuclear es colectivo, por lo que su delación tiene un impacto directo en la disminución del resultado: los hechos cometidos por la organización criminal, aunque de forma meramente virtual. Desde esta visión colectiva y proyectada al futuro, la delación asume también la naturaleza de una disminución del resultado del tipo, ganando legitimidad en su punibilidad.

8.7 Consecuencia: imprescindible situación de combate

Notar que existe una nueva necesidad de combatir un peligro colectivo y que esta idea de ampliación, que confronta un sistema basado en el individuo-agente como merecedor de la pena, es un primer paso para legitimar de modo realista el sistema de delación. **La clave de la transición está en que la pena sigue castigando al individuo, mientras la acción individual se transfiere a la colectiva,** lo que implica un cambio de valores; el delator ya no es el autor del conflicto, y la pena que a él debe aplicarse tampoco es la solución que se espera para el problema de la organización criminal. Al ser coadyuvante en el problema de la organización, el hecho de que se ofrezca recompensa a

una personalidad no exactamente virtuosa (por ser delatora) también pierde gran parte de su relevancia¹⁵⁹³.

La situación, sin embargo, se hace más compleja porque, cuando existe una delación, conviven tanto el conflicto ordinario, originado por los delitos imputados al colaborador-delator, como el conflicto colectivo, que impone una solución alargada en el tiempo y ampliada en personajes. Esta situación autoriza el perdón en lugar de la pena al delator. Es imposible, aquí, no plantear una interrogante adicional: si existen ambos conflictos, **¿qué hace que el conflicto de tipo individual (por ejemplo, un homicidio cometido por el futuro delator) sea subordinado al conflicto de la organización criminal?** ¿Qué es lo que hace que el segundo merezca la solución de la pena y el primero autorice el perdón?

La cuestión es sencilla: es el estado de combate o la tendencia a la guerra lo que autoriza esa preferencia. Es la aproximación al derecho de guerra la que crea una situación de excepcionalidad en que el perdón utilitario es legítimo. Es en este contexto de combate, enunciado desde el inicio de esta monografía, donde se autoriza que la solución del conflicto de la organización criminal sea más importante que la solución del conflicto creado por el tipo penal no colectivo cometido por el delator.

Lo que denominamos combate contiene el axioma por el cual se reconoce/ impone que el conflicto de la situación de guerra es mayor que aquel individual, legitimando así que un fin meramente prometido como solución a la existencia de la organización criminal pueda ser más importante (aunque incierto o más distante en el tiempo ontológico) que la aplicación integral de la pena al individuo delator¹⁵⁹⁴, entre otras consecuencias del alejamiento del derecho penal ordinario.

Para concluir con una notación lógica, se puede representar como valores de α aquellos vigentes en el derecho ordinario (DO) y como valores de β aquellos vigentes en el conflicto de guerra. La situación de combate es aquella que determina que $\alpha \leq \beta$, y, en el límite específico entre DO y DC (derecho de combate), hay una situación de $\alpha = \beta$. En el derecho ordinario, donde la situación de combate no es reconocida, el conflicto

¹⁵⁹³ En la zona gris del combate, el individuo no es extremadamente malo porque traiciona, en el extremo del liberalismo kantiano, ni extremadamente bueno porque es aliado del estado, en un sistema de guerra. Véase tabla de 8.12.

¹⁵⁹⁴ Para utilizar el lenguaje de la teoría de juegos, hay que definir si la pena futura a otro individuo es efectivamente un *payoff* y cómo ese *payoff* puede ser medido.

individual es más relevante que el colectivo (la Organización), lo que impide el traslado en el tiempo y la interpersonalidad de la pena. En definitiva, $\alpha > \beta$. Los valores contenidos en las variables α y β pueden integrarse con muchos elementos, que intentamos recoger en la tabla final.

Puede parecer contraintuitivo que una situación de excepcionalidad sea la que, al final, otorgue legitimidad a la delación, pero no es un error. Esto fuerza a considerar la delación como un sistema de excepcionalidad, que exige la identificación de ese su estado extraordinario, con la debida fundamentación, como se explicará. Por ahora, es relevante dar funcionalidad a esta pequeña notación que se ha realizado.

8.8 Desde el fenómeno hacia la fórmula

La idea de que existe un elemento de combate en el premio al delator no aparece como una creación ni como una relación propositiva. Es, sencillamente, una percepción del *status* dogmático vigente en este momento. En términos poco precisos, pero necesarios para aclarar el punto de vista, puede decirse que esta situación de combate no es una creación, sino una constatación que, como tal, encuentra un nuevo correspondiente lógico-semántico. Lo que equivale decir que se atribuyen algunos nombres novedosos que sirvan como elementos axiomáticos¹⁵⁹⁵, imprescindibles para describir la dinámica de funcionamiento del fenómeno. Por ello, todos los capítulos anteriores se han dedicado a construir un cuadro de elementos observables del derecho penal, ya sea desde sus fundamentos filosóficos¹⁵⁹⁶, dogmáticos¹⁵⁹⁷ o, incluso, abordando fenómenos criminológicos¹⁵⁹⁸ o políticos¹⁵⁹⁹, que pretendieron revelar un camino de encaje de la delación en la dogmática, con la nota de excepcionalidad.

En este punto, no se pretende proponer una división del derecho penal en distintos campos ni abrir camino hacia un novedoso derecho punitivo. La disfunción valorativa que aparece en el premio al delator es sencillamente constatable, al igual que resulta

¹⁵⁹⁵ Eso aparece en el capítulo 01, y se construye en los capítulos siguientes.

¹⁵⁹⁶ Especialmente, capítulos 02, 03 y 06.

¹⁵⁹⁷ Especialmente, capítulo 04.

¹⁵⁹⁸ Especialmente, capítulo 05.

¹⁵⁹⁹ La idea de combate, que se plantea desde el inicio, está anclada en un sentido político criminal. Intentamos filtrar, aquí, los factores de la realidad, para que ellos sean una simple variable en la hipótesis aquí. Los factores político criminales aparecen en el capítulo 05 y, especialmente, en el capítulo 07.

evidente cómo el tipo penal de pertenencia a una organización criminal es disruptivo debido a sus características de tiempo, agentes y núcleo conflictivo. Además, aunque aquí se enuncie el factor "combate" como un elemento poco utilizado en el derecho penal, es notorio, como se explicó en el capítulo correspondiente, que todo el contexto de la delación se introduce en el mundo latino-germánico mediante un sistema anómalo de enfrentamiento a grandes organizaciones, ya sean entramados de corrupción que conducen a la cleptocracia o cárteles de droga que evolucionaron en narcoestados¹⁶⁰⁰. Es posible, sin embargo, que el combate no sea exclusivo de la Criminalidad organizada. Pese a ello, dado que aquí el enfoque es la delación, es indiscutible que esta deriva de aquella.

Dado que la delación no existe en un derecho ordinario-garantista puro, buscar la legitimidad del instituto implica relacionarla con esta situación de combate.

Aquí comenzamos, entonces, un intento final: **alcanzar una notación lógica que permita explicar la legitimidad de la delación a partir de elementos racionales y graduales**. Lejos de proponer una fórmula matemática exacta, como si el derecho pudiera reducirse a números, el objetivo aquí es esclarecer los factores involucrados en todo el análisis anterior, de modo que puedan ser parte de la motivación de una sentencia que reconozca el efecto en la punibilidad. Así se comprende el papel que juega cada uno de los factores que, como se ha identificado, pueden sostener la legitimidad del premio al delator. En términos metodológicos, aquí se inaugura una doble vía: primero, desde el derecho hacia la notación lógica; después, el camino inverso, desde la notación hacia el momento de determinar la legitimidad del premio al delator en el caso concreto.

En lenguaje más cercano a la realidad jurídica contemporánea, lo que se busca es construir una **expresión sintética** de lo aquí definido, mientras que los argumentos que sostienen esta lógica sintética son su **expresión analítica**. La forma analítica, por supuesto, tiene más recursos de fundamentación, mientras que la forma sintética aporta la ventaja de ser más directa en sus planteamientos y, especialmente, más precisa en sus implicaciones lógicas.

¹⁶⁰⁰ Por ello, aquí se ha afirmado que la situación extrema de la criminalidad latinoamericana, infelizmente, es una premisa de la obra, aunque se procure enunciarla lo mínimo necesario para no vincular la cuestión dogmática a la casuística, ni condicionar este texto a la situación latinoamericana.

Como primer elemento, debe reconocerse que el traslado del derecho penal ordinario (basado en un modelo más liberal y garantista) hacia una situación que tiende a la guerra no es inmediato. No responde a "velocidades distintas", ni puede determinarse un momento específico en el que se transite hacia algo como un "derecho penal del enemigo". A partir del momento en que un ordenamiento jurídico incorpora el tipo penal de Criminalidad organizada y, como consecuencia directa, en el campo del derecho penal material, asume la viabilidad del premio al que delata en contra de dicha organización, se cruza la frontera del derecho penal ordinario hacia un derecho de combate. Esta frontera está claramente definida: cuando se incorpora la delación dentro del delito de organización criminal, ya se está en territorio de combate. Cosa distinta es que existan grados.

Si ahora se recuerda el conjunto representado por la línea antes dibujada (en 8.3), se percibe que los puntos extremos no están incluidos. Al final, en un derecho puramente ordinario, la delación premiada no puede existir, al menos tal y como se definió en el primer capítulo; así pues, excluidos los valores tradicionales de la autodelación. Ultrapasado ese límite, se ocupará de la heterodelación, donde ocurre el fenómeno de la interpersonalidad de la pena y su traslado al futuro. Como el camino desde el derecho ordinario hasta el combate es lineal, este es susceptible de una gradación. Esa situación de combate, que se puede graduar, será el punto clave del presente intento de fundamentación/razonamiento de la delación premiada

8.8.1 Los valores de Derecho Ordinario y los valores de combate (α , β)

En el extremo izquierdo del segmento de recta se encuentra la tendencia al derecho ordinario¹⁶⁰¹. Así pues, el derecho ordinario es un límite no incluido. En el derecho ordinario, el premio al delator es el premio a la autodelación, con valores que no son característicos del combate y que coinciden con lo que el derecho penal ha preservado como valores individuales en su tradición liberal: premio por mejor personalidad, por arrepentimiento (*lato sensu*), por disminución del resultado, por economía generada en el proceso penal, etc. En otras palabras, la tradicional disminución de pena por confesión. De este modo, la aproximación a un derecho ordinario caracteriza la disminución de pena

¹⁶⁰¹ Véase 8.3.

por la delación como un derecho subjetivo del reo, siempre que cumpla con los requisitos previstos en la ley y dependa menos de factores externos o de utilidad¹⁶⁰². Al cumplir con dichos requisitos, el reo adquiere el derecho a la disminución de la pena, sin filtros de conveniencia u oportunidad. Los valores relacionados con esta aproximación al derecho ordinario se abordarán más adelante, al describir el factor que, de manera arbitraria, denominamos α .

El extremo opuesto también está excluido del segmento de recta que se dibujó: el estado de guerra. La guerra puede ser incluso jurídica, si se admite alguna vigencia a las reglas del *jus in bello* del derecho internacional, pero permanece fuera del ámbito penal. Así, al alcanzarse un estado de guerra (*stricto sensu*), se abandona el derecho penal y se pasa a otro conjunto normativo, lo que no es un contexto improbable: situaciones de guerra declarada han ocurrido dentro de Estados, demandando nuevos órdenes constitucionales y justicias de transición. Si bien en un contexto de guerra el análisis de la delación queda excluido del rango, cuanto más el derecho de combate se aproxima a la guerra, más se legitima el sistema de delación. Esto se debe, como se ha expuesto, a que se flexibiliza la ética de los valores individuales y el eje conflictivo se traslada progresivamente hacia un elemento colectivo: el conflicto de la guerra frente a la organización.

En el casi-límite entre combate y la guerra, el protagonista máximo es la organización que enfrenta al Estado, cualquiera que sea su denominación. Su existencia se define por el conflicto, y cualquiera que colabore merece perdón al convertirse en un nuevo aliado del Estado. Cuanto más se avanza hacia la guerra sin alcanzarla, más el premio al delator adquiere las características de un perdón efectivo. Por este motivo, habrá casos en los que convivan pena y perdón. Concretamente, el Estado deseará disminuir al mínimo la pena del delator, ya que un perdón absoluto no reafirmaría su fuerza, sino que, por el contrario, podría interpretarse como un reconocimiento de debilidad total frente a un enemigo no potente. Esto, sin embargo, no elimina la característica del perdón, ya que,

¹⁶⁰² La existencia de la disminución de la pena como derecho subjetivo no es infundada. Alexy, en su teoría de los derechos fundamentales, reserva un capítulo al derecho a la igualdad. En sus diversas reglas, establece limitaciones en los campos de comparación para igualdades fácticas y jurídicas, así como para desigualdades fácticas o arbitrarias. Pero, en lo aquí sostenido, a primera vista, el desequilibrio respecto del delator no es inmediatamente arbitrario, con lo cual la desigualdad entre delator y delatado no puede ser — a primera vista — esencial. (Por la regla de Alexy: “Existe una desigualdad esencial si y solo si un trato desigual sería arbitrario” ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 357)

como se ha observado en la justicia transicional, existe un componente de "justicia" en sentido estricto dentro del perdón. Este elemento implica una retribución que no puede evitarse incluso en situaciones de guerra.

A diferencia de la tendencia hacia el derecho ordinario, la aproximación a la guerra se aleja del concepto de derecho subjetivo del reo y se concibe como una excepción sujeta a la conveniencia razonada de quien aplica la ley e individualiza la pena¹⁶⁰³.

Los valores asociados a la aproximación a la guerra tienden hacia una disminución de la pena del delator o, en algunos casos, incluso a su anulación mediante perdón judicial, conforme a lo expuesto en los capítulos referentes al tema¹⁶⁰⁴. Estos valores, como criterios, se sintetizarán más adelante al describir el contenido del conjunto que, de manera arbitraria, aquí se ha denominado β .

8.8.2 El coeficiente del Estado de Combate (ΔC)

Entre todos los términos que la presente enunciación sintética introducirá, el más novedoso es el coeficiente del Estado de Combate, que, al ser graduable, aquí se ha optado por denominar ΔC . Esta novedad no es más que una derivación del estado analítico: el combate como principal factor para comprender la delación ha sido la hipótesis desde el inicio de este texto¹⁶⁰⁵. Por lo tanto, si esta hipótesis es aceptada, una gradación de ese estado de combate debe, por obligación lógica, implicar consecuencias en la enunciación sintética.

En un momento posterior¹⁶⁰⁶, se retomará el tema de que el razonamiento del ΔC constituye la garantía más importante de legitimidad¹⁶⁰⁷. Por ahora, basta con señalar que el juez está obligado a **establecer, en su sentencia, cuánto de excepcionalidad** — o sea, cuánto de Combate— está presente en el momento en que se aplica el premio al delator.

¹⁶⁰³ Véase tabla de 8.12, adelante.

¹⁶⁰⁴ Véanse, atrás, capítulos 6 y 7.

¹⁶⁰⁵ La delación solo es legítima si se sabe trabajar con valores de excepcionalidad. Y eso es raro.

¹⁶⁰⁶ Véase, adelante, 8.9.1

¹⁶⁰⁷ No por otro motivo es que el legislador español determina que el juez debe “razonar en la sentencia” la disminución por colaboración (570 quater), con una obviedad reafirmada.

Rescatando elementos de hiperrealismo, por más que el *softening* intente disfrazar este hecho, la delación es un elemento de excepcionalidad que se justifica en mayor medida cuanto más débil se encuentra el Estado frente al combate contra esa especie de delincuencia. Es en este contexto cuando, proporcionalmente, se abandona la conflictividad del delito individual y se pasa al conflicto colectivo, donde el objetivo primordial es perseguir a la organización criminal. Así, la delación solo puede encontrar legitimidad cuando la sentencia judicial sea capaz de cuantificar, en el caso concreto, qué distancia existe respecto a la solución de ese conflicto colectivo, lo que implica determinar un coeficiente que refleje la necesidad de esa herramienta utilitaria.

El ΔC asumirá, en esta estructura, una variación (escala) arbitraria en sus valores numéricos, al igual que otros elementos necesarios, aunque **no** en sus motivaciones y fundamentos. Arbitraria es su representación analítica, no su descripción desde la realidad.

8.8.3 Escalas arbitrarias

La preparación de una notación sintética no implica la creación de una fórmula matemática perfecta, sino una regla lógico-formal que, aunque aproximativa, busca demostrar la **operatividad** de la presente tesis. Sin embargo, ya se ha señalado que existe una relación de cuantificación en algunos de los elementos que se presentan. Esto es evidente en el ΔC , donde el Δ ya se reconoce como variable, pero también ocurre en α y β .

Estos valores son arbitrarios y se disponen en una escala. Para ella, se puede crear una dimensión artificial y arbitraria como mera sugerencia, que posteriormente se traduce, como fracción o porcentaje, al número que opera en la fórmula que aquí se propone. Otra forma consiste en traducir directamente los valores a los números de la fórmula, con el inconveniente de trabajar con fracciones.

Por ejemplo, el factor α , que será un factor de multiplicación, opera en la fórmula dentro de un rango entre 1 y 10, $\alpha \in [1,10]$. Podría ser entre 1 y 5, lo que no alteraría el resultado, ya que la proporción sería compensada en los límites del resultado. Solo no se puede admitir que α o β correspondan a 0 porque, al tratarse de una multiplicación general, anularía todos los demás factores.

Con el ΔC ocurre algo similar. No puede ser cero, pero, en este caso, al ser Δ , es importante que encuentre una unidad final. Sin embargo, la unidad total encontraría el límite de guerra, que no se puede alcanzar. Así que la solución funcional es fijar el límite de ΔC entre 0.1 y 0.9, $\Delta C \in [0.1, 0.9]$. Esto permite variar la escala, mientras su contenido, su motivación, es tarea analítica, no sintética.

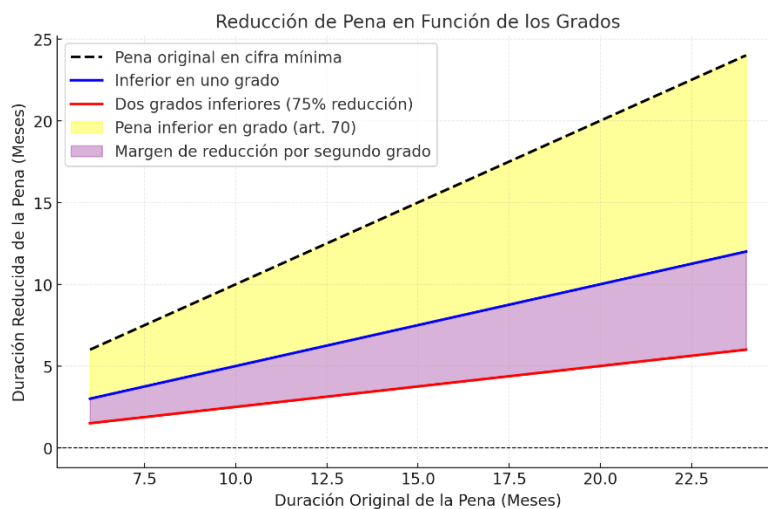
8.8.4 Variable no arbitraria (Δk)

Las variables no arbitrarias de la notación aquí propuesta son aquellas que derivan directamente de la propia ley. Por lo tanto, para formular una expresión específica de la rebaja por delación, es necesario observar el *quantum* de contracción que establece cada legislación para el efecto de combate. En España, por ejemplo, las posibilidades de colaboración son, de momento, mucho menos amplias que en Latinoamérica, restringidas a casos como el tráfico de drogas y el delito de organización criminal, como ya se ha analizado.

En estos casos, lo que se permite es una **rebaja en uno o dos grados** a través del sistema establecido en el artículo 70 del Código Penal. Este sistema implica, en la pena inferior en grado, una doble ventaja: (a) establecer como punto de partida de la pena mínima prevista y, a partir de ella, (b) la posibilidad de reducirla hasta la mitad¹⁶⁰⁸. De cualquier forma, una **pena inferior en dos grados** implica una disminución que varía desde el mínimo de casi 0 (un día, en pena privativa de libertad) en relación con la cifra mínima, hasta aproximadamente 3/4 de esa cifra mínima. O bien, en factores multiplicativos, una pena que varía entre casi 1/1 hasta casi 1/4 (aproximadamente la cuarta parte).

Ese rango de variación, fijado en la ley, es el que se incorpora en la notación sintética aquí propuesta.

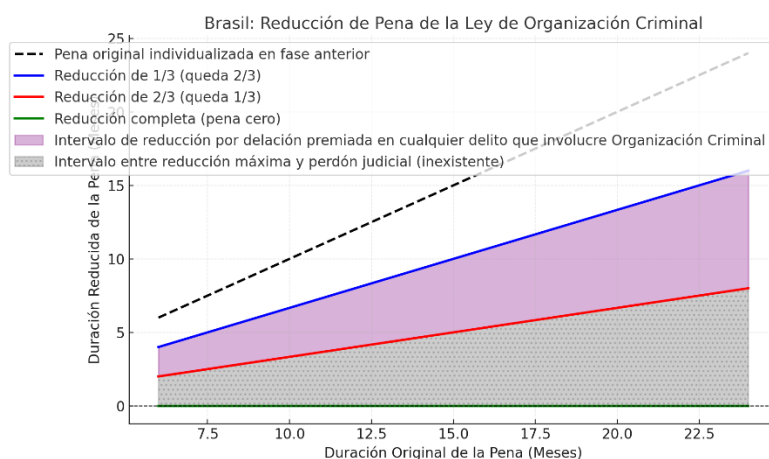
¹⁶⁰⁸ Es cierto que este sistema podría considerarse un **bis in idem** matizado, ya sea en la pena inferior o superior en grado. Al final, se trata de dos beneficios derivados de una misma causa. Sin embargo, dado que esta acumulación está prevista directamente en el mismo artículo, debe entenderse como parte de un sistema único de ventajas y desventajas. Sobre los fundamentos del *bis in idem*, incluso en esferas paralelas como el derecho administrativo y el penal, véase: GÓMEZ TOMILLO, M. Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo: Especial Consideración en la Jurisprudencia del TEDH. *Revista InDret*, n. 2, 2020.



Es importante notar que el intervalo de disminución de pena no varía significativamente entre los ordenamientos iberoamericanos, lo que implica que la diferencia práctica de esta variable no arbitraria no es considerable. En Brasil, por ejemplo, la variación permite una disminución de entre $1/3$ y $2/3$ de la pena o su anulación total (perdón judicial). Curiosamente, el legislador, probablemente con el objetivo de preservar los límites tradicionales del Código Penal, excluye la fracción mínima aproximada que se determina en la ley española ($1/4$).

Esto se evidencia al excluir el intervalo correspondiente a la disminución de la pena entre $2/3$ y 1 . En el sistema brasileño, el intervalo entre **Pena** - $2/3P$ y **Pena** = **0** no existe. En notación de conjuntos, se expresa como: $[x, 1/3, \dots, 2/3]$, $[x = 1]$, donde $x = 1$ implicaría el perdón judicial. A ese intervalo x , para introducirlo en la notación, se denominará Δk en los próximos párrafos.

A continuación, se reproduce el gráfico del sistema brasileño, con la misma numeración de pena utilizada en el ejemplo de España:



En el gráfico se demuestra que, en la práctica, la diferencia no es tan significativa, aunque el sistema de imposición, cálculo e individualización de la pena sea considerablemente distinto. En el gráfico presentado, sin embargo, se introduce un límite que denominaremos Δk . Este Δk es el factor reductor de la pena, y su valor depende de la legislación. En España, básicamente, X está determinado por un intervalo ($0 < P_{\text{reducción}} \leq 4/5P$), calculado a partir de la pena mínima. En Brasil, $|\Delta k, 1/3, 1/2, 2/3|, |\Delta k = 1|$.

Es importante señalar que la existencia de un rango no cubierto por la proporcionalidad (representado como un área gris en el gráfico), que salta directamente de una disminución de 2/3 partes (en el gráfico, línea roja) al perdón judicial (línea verde, continua en 0), indica un momento de absoluta irrelevancia de la pena para la solución del conflicto planteado.

Estas son variables que deben adaptarse a las características de cada legislación. Para las notaciones de este capítulo, se fija que existe una $P_{\text{reducción}}$, que corresponde a la pena reducida. Esta $P_{\text{reducción}}$ debe respetar los límites establecidos, los cuales se recogen de la legislación y corresponden al límite permitido por la excusa absolutoria. Matemáticamente, esto se expresa como: $\Delta k_{\min} \leq P_{\text{reducción}} \leq \Delta k_{\max}$. Para ser más exacto se podría añadir que la $P_{\text{reducción}}$ es una fracción de la pena, que no alcanza la pena. Eso se podría escribir como $P = P_{\text{reducción}} / k \mid k > 0$. Pero no es necesario insertar esa información en la fórmula sintética, por muy evidente.

En el caso de la legislación brasileña, se contempla la disminución de $3/4$ partes de la pena (o, si se alcanza dicho límite, la alternativa del perdón total). En el caso de la legislación española, se considera la pena inferior en dos grados, que se ha fijado aquí

como una reducción aproximada de cuatro quintos. A esta variable, determinada exclusivamente por la reducción autorizada en la ley para la delación, se denomina aquí como Δk , para figurar en la notación sintética propuesta.

En ese sentido, para que se recupere después, ahora está claro que, a partir de los rígidos baremos de cada legislación, $|\Delta k_{\min} \leq P_{\text{reducción}} \leq \Delta k_{\max}|$, donde $\Delta k_{\min}$ es el límite de menor rebaja al delator y $\Delta k_{\max}$ la mayor posibilidad de rebaja.

8.8.4 Proporción semi-arbitraria (γ)

En la notación sintética aquí propuesta, el coeficiente de Combate (ΔC) guía la decisión judicial hacia la aceptación de valores utilitaristas, considerando elementos como la interpersonalidad de la pena y el traslado al futuro de la solución. Este coeficiente desvía el énfasis de los valores típicos de la autodelación (como la confesión de los hechos y la personalidad) hacia valores exclusivos del combate o de la aproximación a la guerra, tales como la entrega de información y pruebas sobre los cabecillas de la organización criminal.

Los gráficos del subtítulo anterior muestran algo fundamental: el resultado de la delación, determinado rígidamente por la ley, ofrece un coeficiente de rebaja de pena mucho mayor que el que se concede en el derecho ordinario. Incluso en países donde la necesidad de combate es más fuerte, como Brasil, esto puede llevar a una pena cero mediante el perdón judicial. Esta **pena cero** absoluta (el "perdón judicial", conforme lo enuncia la ley¹⁶⁰⁹) rompe con la proporcionalidad, aunque podría hablarse de una tendencia a cero si la ley no omitiera ciertos intervalos.

Para los presentes objetivos, orientados a enunciar valores a partir de la delación premiada, queda claro que las causas de disminución de pena relacionadas con la autodelación son mucho menores que las de la heterodelación, la llamada delación premiada. De este modo, se establece una lógica lineal: cuanto más se avanza en ΔC ,

¹⁶⁰⁹ Art. 4º, Ley 12.850 de Brasil: “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial**, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:(...)”.

mayor peso adquieren las causas que denominamos β , y menor peso tienen las que llamamos α . Si avanzar en la transición de $\alpha \rightarrow \beta$ implica una mayor disminución de la pena, esto confirma que, bajo el criterio de rebaja de pena, $\alpha < \beta$. Como ejemplo, el valor de una confesión, como causa de reducción de pena, es menor que el de la oferta de pruebas contra el cabecilla de una gran organización criminal. Cuándo y cuánto se puede admitir de esta última, que es excepcional y busca resolver un conflicto colectivo, depende directamente de ΔC .

No obstante, queda por responder una cuestión: si son dos conjuntos independientes, pero se sabe que los valores de cada elemento de α son menores que los de β , ¿en qué proporción ocurre esto? Para incorporarlo en una fórmula, sería importante asignar dimensiones a cada elemento. Aunque no se puede fijar esta proporción con precisión, la legislación proporciona una guía.

En Brasil, la atenuante de la confesión (perteneciente al conjunto α) solo *sugiere* aplicar una pena cercana al mínimo legal, aun así de modo poco vinculante. Cuando se combinan varias atenuantes o estas concurren con agravantes, la práctica reduce la pena entre 1/6 y 1/4. En comparación, la proporción de reducción entre 1/3 y 2/3 que se concede por información sobre terceros en una organización criminal (conjunto β) triplica, aproximadamente, el efecto de α . Así, en Brasil, $|\beta| = 3 |\alpha|$. Esta proporción refleja una práctica ya observable entre los aplicadores de la ley en América Latina.

En el caso de España, la proporción no es la misma, porque las diferencias entre los valores de la autodelación y la heterodelación tienen otro coeficiente. Sin embargo, la comparación entre estos conjuntos es compleja debido a la diversidad de elementos y unidades que intervienen. Según el Código Penal, la confesión (conjunto α) tiene características más exigentes¹⁶¹⁰: debe ocurrir antes de que el reo sepa que el procedimiento judicial se dirige contra él, lo que implica una fuerte carga de espontaneidad (art. 21.4^a)¹⁶¹¹. Además, la reparación del daño atenuante debe realizarse

¹⁶¹⁰ Sin embargo, nos hemos posicionado en contra de la equivalencia funcional entre la confesión y el premio al delator, por simple analogía, nos posicionamos contrariamente en 1.7.1

¹⁶¹¹ Sobre la espontaneidad, ya en 1981 Álamo definía que “La espontaneidad, entendida en su acepción estricta, como autodeterminación, pero referida a la conducta, no al arrepentimiento, lleva a desestimar la atenuante en los casos en que el sujeto ha actuado por sugerencia extraña o constreñido por las circunstancias” ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de circunstancias del delito: Estudio General*, Valladolid: Ediciones UVA, 1981, p. 726-727. Es exactamente el caso de la delación, en que no existe la espontaneidad, porque la decisión de delatar ocurre en circunstancias y tiempo en los cuales la amenaza de pena ya configura el constreñimiento que, según la autora, desestima la atenuante. Sin embargo, está la tendencia de los tribunales de España a crear un *tertium genus*, al ser condescendiente con las confesiones

antes del juicio oral (art. 21.5^a), reforzando un componente moral ausente en la reparación derivada de la delación. Cuando se combinan confesión y reparación del daño, la pena puede disminuir entre uno y dos grados (art. 66.2^a), coincidiendo con la reducción propuesta para la delación en el art. 570 quáter. Esto podría sugerir una equivalencia entre las variables del $|\alpha|$ y las variables del conjunto $|\beta|$, pero las exigencias temporales y morales hacen que este baremo no sea adecuado.

Una proporción más ajustada surge al comparar con la conformidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 801.3 LECrim), que, a diferencia de la confesión espontánea del art. 21.4^a CP, refleja una confesión ya bajo las circunstancias de alto riesgo de condena, asemejándose más a las condiciones generales de riesgo de la delación premiada, es decir, sin espontaneidad. En este caso, la disminución fija de 1/3 se compara con la reducción de hasta 3/4, máxima en dos grados por delación (art. 570 quáter). La proporción entre 3/4 y 1/3 es de 2,25, pero dado que la disminución de 3/4 es un valor máximo y la conformidad fija en 1/3, el promedio sugiere que $|\beta| = 2 |\alpha|$ en España.

La proporción $|\beta| / |\alpha|$ se extrae del contexto legislativo, no con exactitud matemática, pero tampoco con arbitrariedad absoluta. Esto conlleva un efecto práctico porque, en la fórmula sintética aquí propuesta, cuanto más se avanza hacia el límite de la guerra, mayor peso tienen los elementos del conjunto β (acciones del heterodelator, utilitarias). Así, en el límite máximo de ΔC , se puede valorar que, en Brasil, la información que lleva a la prisión de un cabecilla merece el **triple** de la reducción de pena que una confesión durante el proceso criminal; en España, el **doble**. En este límite, el efecto práctico permite sustituir, en una fórmula sintética, β por **3 α** en Brasil, o por **2 α** en España, dependiendo del ordenamiento. Por eso, la proporción se describe como "semi-arbitraria", ya que está reglada por la norma, aunque compare elementos no del todo equivalentes. Una comparación absoluta es imposible, ya que la Ley Penal no replica precisamente los mismos institutos.

del reo en el momento de ser detenido, porque “el reconocimiento de los hechos puede resultar útil a la investigación y contribuir a su completo esclarecimiento” TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Justicia negociada... cit., p. 211. Como ejemplo, el citado texto refiere a la SSTS 127/2011, Penal, de 1 de marzo. Hay que comprender que esa tendencia jurisprudencial es la influencia del derecho de combate, que quiere identificar en el valor original de la atenuante de la confesión un valor específico de la delación. No se trata exactamente de ser condescendiente con el reo y aumentar límites temporales, sino de avanzar hacia una perspectiva favorable al Estado persecutor, que no es el objetivo de la ley, pero es la tendencia general (véase, atrás, 1.3.1).

Para la fórmula aquí presentada, esa proporción $|\beta| / |\alpha|$ **considerados abstractamente en la legislación**, es decir, el conjunto de todas las $\{\alpha\}$ y el conjunto de todas las $\{\beta\}$, calculada a partir de baremos de la legislación, como se ha demostrado, es será denominada γ . Por el cual $\gamma = \{\beta\} / \{\alpha\}$

Otra forma de hacer la misma notación, para que no se confunda el conjunto de $\{\alpha\}$, con los elementos α para cada caso concreto (y lo mismo entre $\{\beta\}$ y β) sería usar, en lugar de la notación de conjunto, una mayúscula, con lo cual $A = \{\alpha_1, \alpha_2, \alpha_3 \dots\}$ y $B = \{\beta_1, \beta_2, \beta_3 \dots\}$, desde donde, por comparación valorativa, se encuentra una constante $\gamma = B/A$.

Por lo que se observa de elementos razonables a partir de las legislaciones de cada país, esa proporción no puede ser totalmente equivalente $A/B=1$ y tampoco superará cuatro veces $B/A=4$, porque esa situación implicaría despreciar los valores α y caminar directamente hacia un perdón judicial completo.

Al ser así, γ debe estar entre 1 y 4 ($\gamma \in [1,4]$)

8.9 La fórmula: notación sintética de la Delación

Se introduce aquí la notación sintética para la Delación, siempre sujeta a críticas y posibles ampliaciones. Sin embargo, es necesario, antes, retroceder a una premisa, que puede enunciarse como una paradoja.

8.9.1 La paradoja: $x \neq x$

Si aquí se avanza a las notaciones matemáticas, es imprescindible fijar una premisa. Esto se logra mediante la creación de una paradoja, que no es más que una forma de demostrar la existencia de una contradicción, como en un argumento *ad absurdum*. Se trata de señalar que la pena disminuida por la delación, dependiendo de las razones de esa disminución, puede generar un efecto muy distinto, en términos de prevención general, respecto a una **pena de igual duración que no haya sido reducida** por delación. Esto ocurre cuando los elementos de la disminución no están legitimados, es decir, no son aceptados como valores consensuados del ordenamiento. En ese sentido, como se

señalará más adelante, el resultado de una pena disminuida por delación, aunque numéricamente igual al de una pena sin la rebaja en punibilidad, no tiene la misma significación social y, por lo tanto, no logra los objetivos de la prevención general, ya sea positiva o negativa.

Por rápido ejemplo, supóngase que, como primera hipótesis, se impone a un individuo una pena de 5 años por narcotráfico; y que, en una segunda hipótesis, se le impone una pena de reclusión por el mismo narcotráfico, sumado a Lavado de Activos y organización criminal, que por el concurso de delitos ahora alcanza 15 años. Luego, empero, se reduce en 2/3 debido a la delación. El efecto preventivo de la segunda hipótesis raramente será equivalente al de la primera. En la segunda hipótesis, el mensaje social se divide entre el reproche por la gravedad de los delitos de organización criminal y Lavado de Activos, y el probable rechazo por la delación, o la percepción de ilegitimidad del Estado al rebajar la pena sencillamente por depender de la colaboración del reo, entre otros factores. Así, **lo que es numéricamente igual puede ser jurídicamente distinto**, aunque esté expresado en notación sintética. En notación matemática cuantitativa de este caso, $5 = 5$; en la notación sintética, $x \neq x$. El resultado de cinco años de reclusión es igual al resultado de cinco años de reclusión, pero la pena disminuída por la delación no es la pena de un delito autónomo, sin rebajas.

Esto, lejos de ser el fin de las matemáticas, simplemente demuestra que la reducción de la pena al delator no puede realizarse mediante la simple aplicación de una disminución porcentual: depende de otros elementos, motivaciones y fundamentos, que pueden proyectar un resultado numéricamente idéntico a una simple disminución, pero compuesto por elementos completamente distintos. Esos elementos son relevantes, porque la pena, aunque se presente como un resultado numérico idéntico para el individuo que la cumple, tiene para la sociedad un significado mucho más trascendente. Esta es, a grandes rasgos, una premisa del presente trabajo. Sin embargo, aquí sirve para destacar algo distinto: utilizar notaciones sintéticas no implica transformar el Derecho en números, que son siempre neutrales y, en absoluto, corresponden directamente con elementos reales. Los números son las abstracciones más puras y, en este contexto, no pueden tomarse como valores indiscutibles. La notación sintética, aunque utiliza símbolos, busca corresponder lo más posible con elementos del mundo externo. Por todo ello, surge la necesidad de investigar valores que trascienden la simple potestad de imponer una rebaja de pena por la condición general de delator. Todo el desarrollo previo de esta monografía,

en cierto sentido, converge en la búsqueda de esos valores que pueden ser representados sintéticamente, pero que no son números. Si lo fueran, habría que asumir que $x \neq x$.

En el contexto de la teoría general de la pena, la solución de la paradoja estaría en reconocer que el sentido comunicativo de la pena no se da solamente por su resultado, sino por los valores utilizados en su cálculo. Esto es bastante evidente en términos de legitimación, pero rara vez se menciona al estudiar las finalidades de la pena.

8.9.2 La notación sintética general

Para alcanzar una fórmula sintética general de reducción de la pena al delator, a partir de todas las consideraciones anteriores, se desarrolla una notación para el caso español y para el caso brasileño, porque fueron las dos legislaciones anteriormente comparadas, a sabiendas de que en todo sistema latino las diferencias en las variables pueden ser muchas, pero la estructura no será tan distinta. Ella se resume en individualizar la pena sin contar la delación y luego disminuirla, a partir de criterios judiciales guiados por la ley.

Aquí, por lo tanto, luego de considerar los paradigmas de Brasil y España, se reduce a una notación general capaz de guiar la individualización del beneficio en Iberoamérica como elemento formal. Los valores y circunstancias materiales solo pueden integrarse en una valoración con matices concretos, a partir del lenguaje natural. Además, para funcionar como una fórmula numérica, sería necesario realizar una comparación de todo el ordenamiento, con el estudio de cada circunstancia, para determinar cuánto puede equivaler específicamente en la reducción. Sería un desafío interesante incorporar esas reglas, pero no solo demandaría un análisis que tendería al infinito, sino que también implicaría una intervención en lo que legítimamente corresponde al arbitrio judicial.

Sin posibilidad de transformación en números, aquí se ha propuesto el Δk , un intervalo entre la máxima y mínima reducción que actúa como baremo, permitiendo al aplicador de la ley medir en función de su idea de lo que constituiría una colaboración máxima en contraste con una mínima. Como auxilio en esta tarea, se presenta la tabla comparativa de 8.12, que indica algunos valores extraídos del análisis desarrollado en esta monografía hasta el momento. De esta manera, se crea una fórmula cuyo propósito es servir de guía para fundamentar la sentencia que concede un beneficio al delator, en equilibrio con los demás valores de cada ordenamiento jurídico.

Fórmula para España:

1. Premisa

$$P_{\text{final}} = P - P_{\text{reducción}}$$

Considerado:

P= Pena calculada hasta la fase de reducción por delación

P_{final} = pena definitiva

P_{reducción} = *quantum* de reducción de la pena por delación

2. Cálculo de P_{reducción}

$$P_{\text{reducción}} = \Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / 2$$

Donde:

$$\alpha \in [1, 10]$$

$$\beta \in [1, 10]$$

$$\Delta C \in [0.1, 0.9]$$

$$\gamma = 2$$

3. Cálculo final

$$P_{\text{final}} - P_{\text{reducción}}$$

En los límites:

$$1/10P \leq P_{\text{reducción}} \leq 4/5P$$

$$O \Delta k_{\min} = 1/10P, \Delta k_{\max} = 4/5P$$

Respetados estos límites, si se inserta P_{reducción} en la fórmula final, tenemos:

$$P_{\text{final}} = P - [\Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / 2]$$

Considerado:

ΔC : Determina cuánto peso tiene β frente a α .

β : Factores dominantes en la reducción.

$\alpha/2$ porque $\gamma = 2$

γ : proporción $|\beta| / |\alpha|$, en los límites $\gamma \in [1,4]$

Fórmula para Brasil:

1. Premisa

$$P_{\text{final}} = P - P_{\text{reducción}}$$

2. Cálculo de $P_{\text{reducción}}$

$$P_{\text{reducción}} = \Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / 3$$

Donde:

$$\alpha \in [1, 10]$$

$$\beta \in [1, 10]$$

$$\Delta C \in [0.1, 0.9]$$

$$\gamma = 3$$

3. Cálculo final

$$P_{\text{final}} - P_{\text{reducción}}$$

Límites:

$$1/6P \leq P_{\text{reducción}} \leq 3/4P$$

$$\text{O } \Delta k_{\min} = 1/3P, \Delta k_{\max} = 3/4P$$

Con la condición de que:

Si $P_{\text{reducción}}$ es $3/4P$ se *puede* optar por perdón ($P_{\text{reducción}} = 1P$), sin intervalo entre $3/4P$ y $1P$.

Con lo cual, en Brasil, la formula final es:

$$P_{\text{reducción}} = \Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / 3, \text{ con } \forall P_{\text{reducción}} = P \mid P_{\text{reducción}}, \Delta k_{\max}$$

La solución de la disyuntiva ($3/4 \vee 1$) está en el arbitrio del juez, considerada la imprescindibilidad de motivación.

Fórmula general:

Comparando las situaciones de España y Brasil, se tiene en cuenta que los límites Δk son específicos de cada legislación (variables no arbitrarias), así como el γ (proporción semi arbitraria). Además, puede existir la probabilidad de perdón fuera de los límites, faltando intervalos (en Brasil $\forall | P_{\text{reducción}} = 1P$). Sin embargo, como se han determinado notaciones para esas variaciones legales, especialmente en γ y Δk , es posible encontrar una notación sintética general para las legislaciones iberoamericanas, condicionada a todos los considerandos hasta aquí y, claro, dependiente de fundamentación en el momento analítico.

$$P_{\text{final}} = P - P_{\text{reducción}} \mid \Delta k_{\min} \leq P_{\text{reducción}} \leq \Delta k_{\max}$$

$$P_{\text{reducción}} = [\Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / \gamma] \text{ en } \Delta k$$

$$\mathbf{P_{final} = P - [\Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / \gamma]}$$

Donde:

$$\alpha \in [1, 10]$$

$$\beta \in [1, 10]$$

$$\Delta C \in [0.1, 0.9]$$

$$\gamma = B/A \mid \gamma \in [1, 4]$$

Esa notación sintética permite la fundamentación analítica, que, a su vez, demanda algún detallamiento.

8.10 Desde la notación sintética hacia la aplicación analítica

La fórmula presentada no pretende ser un cálculo exacto de la pena, ya que, como se ha señalado, existen variables de casi imposible cuantificación. Sin embargo, propone fijar criterios anclados en una mínima premisa positivista: si existen razones detrás de una propuesta, como en el caso de la disminución de la pena por el hecho de delatar, dichas razones pueden expresarse en términos lógicos¹⁶¹². Si no hay manera de expresarlas lógicamente, es porque aún no se han solidificado los valores que el juez debe emplear en su decisión.

La crítica, tan inmediata, de que la notación lógica representa un reduccionismo solo sería válida en caso de que esta notación sintética no condujera a una fase analítica, o sea, a la fundamentación de la sentencia. Dicha fundamentación, expuesta en lenguaje natural y abierta a incorporar acciones, conflictos, circunstancias y resultados, no debe omitirse en enunciar todos los elementos derivados de la notación lógica previa.

En otras palabras, cuando se enuncie y redacte el razonamiento de la sentencia, se debe percibir que la fórmula sintética tiene como función principal evitar el propio reduccionismo que erróneamente se le critica, ya que obliga a la introducción, en la

¹⁶¹² Claro que no establecemos factores de comparación con tan importantes creaciones, pero tenemos que hacer el paralelo: hay grandes fórmulas matemáticas creadas para factores inciertos. El ejemplo más representativo es el de Frank Drake, que, con la ecuación que lleva su nombre, intentó estimar el *número de civilizaciones tecnológicamente avanzadas* en nuestra galaxia con las cuales se podría establecer comunicación. La ecuación es $N=R^* \cdot fp \cdot ne \cdot fl \cdot fi \cdot fc \cdot L$, en que R^* es la tasa de formación de estrellas adecuadas en la galaxia, y, entre otras variables, fc es la “fracción de civilizaciones capaces de comunicarse”, o L la duración de esas fracciones comunicativas. Claro que la ecuación es incapaz de calcular exactamente cuántas civilizaciones inteligentes existen en el Universo, pero demuestra criterios interesantes sobre los cuales trabajar. Lo mismo se puede decir de la fórmula de la entropía de la información de Shannon, que mide la cantidad promedio de información en un conjunto de mensajes posibles, a través de un $\sum$ final que representa una suma inexacta de información sobre una cuantificación cuantificable de datos. La teoría de juegos a partir de Kahnemann (véase, atrás, 2.9.5) no es muy distinto a ese mismo principio. En el derecho penal, Becker también intenta comparar el coste financiero del delito con su coste social a partir de funciones difícilmente cuantificables, como su “function measuring social loss” (p. 181). El autor intenta traducir a costes financieros las funciones de “deterrence, compensation and vengeance”, lo que evidentemente funciona mucho más como una orientación para el razonamiento de la sentencia que como una reducción exacta de cálculo (p. 198). BECKER, G.S. “Crime and Punishment: An Economic Approach.” *Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, 1968, pp. 169–217. Analizando las ecuaciones de Becker especialmente a la prevención general negativa (*deterrence*), véase CHALFIN, A. and McCRARY, J. “Criminal Deterrence: A Review of the Literature.” *Journal of Economic Literature* 55 (1): 5–48, 2017

motivación judicial¹⁶¹³, de elementos argumentativos que, en ausencia de la fórmula, podrían ser pasados por alto¹⁶¹⁴.

8.10.1 Razonando el (ΔC)

El elemento más novedoso en la notación sintética, y no por coincidencia el más relevante en el momento de la transferencia hacia la parte analítica (esto es, la motivación/razonamiento), es la explicitación del coeficiente de combate (ΔC). Contrariamente a la intuición común, cuanto más se avanza hacia un estado de excepcionalidad, más necesaria se vuelve la fundamentación de la sentencia. Desde la perspectiva aquí defendida, el modo de encontrar legitimidad en la delación premiada reside precisamente en esta explicitación.

Afirmar que existe un alto coeficiente de combate —por ejemplo, en la lucha contra organizaciones de narcotráfico— no equivale a señalar simplemente que se trata de un delito grave que debe ser combatido. Esto sería un **bis in idem** evidente, ya que la gravedad abstracta del delito está contenida en su propia tipificación y, en cierta medida, se resuelve con la aplicación de la pena por el delito de organización criminal. La base para autorizar la delación ya incluye esa gravedad abstracta, incluso en la simple existencia de la organización. Para elevar el coeficiente de combate hacia los principales

¹⁶¹³ Asúa Batarrita también defiende que la legitimidad de los premios por las atenuantes posdelictivas está en la fundamentación de la sentencia. “La justicia pacta con los condicionamientos imbatibles de la realidad, pero a costa de bordear los límites de las garantías procesales y de las exigencias de igualdad en la aplicación de la ley. El descrédito institucional puede convertirse en un mal mayor. Al otro lado, la pulsión por la exigencia de fundamentación conforme al significado social positivo de la rectificación y revocación de la conducta delictiva, lo que demanda rigor interpretativo en la estimación de las actuaciones. Las concesiones a la utilidad tendrían que someterse al filtro de su compatibilidad con la menor necesidad de pena por razones jurídicamente plausibles, que puedan explicar la menor necesidad de la pena. Este sería el punto de encuentro, condicionar las exenciones y las atenuaciones a la doble vertiente valorativa, valor de la conducta exteriorizada y valor del efecto o resultado de la misma. Es, sin duda, un punto de equilibrio inestable” ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes posdelictivas, conformidad procesal y revisiones premiales. La tensión entre pragmatismo utilitario y la fundamentación congruente*, In: GÓMEZ TOMILLO, M.; et al. (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025, p. 61. De hecho, es en la, para utilizar la locución de la autora, ‘fundamentación congruente’, que la delación mitiga sus propias incongruencias. De modo análogo, Urkola, aun en el campo político, afirma que la motivación es la que puede dar legitimidad al indulto: “En suma, la motivación ha de permitir conocer los elementos fácticos que han servido de base y cuál ha sido su interpretación jurídica en la correspondiente toma de decisión” URKOLA IRIARTE, M. ¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto... cit. p. 2922

¹⁶¹⁴ En ese sentido, se puede decir que la fórmula aquí meramente sugerida tiene por objetivo hacer cumplir la determinación de que el juez debe ‘razonar en la sentencia’ la reducción.

elementos del conjunto β , es decir, hacia soluciones utilitaristas, es imprescindible justificar la entrada en un estado de excepcionalidad.

El combate es gradualmente excepcional porque conlleva desventajas significativas, que, como se ha descrito en capítulos anteriores, surgen de la disfunción inherente al premio al delator. Enumerarlas aquí implicaría una repetición poco útil, pero basta con recordar que la motivación judicial debe abordar lo que aquí se ha denominado "antinomias" en otros momentos: las contradicciones propias de la delación. Aunque en textos anteriores estas antinomias se concibieron como casi insolubles¹⁶¹⁵, aquí se resuelven a partir del desvío de eje que calibra la situación de combate. Entre estas contradicciones destacan: el desvalor de la traición a los compañeros, el riesgo de mentiras, la contradicción inherente a premiar una personalidad traidora, la ventaja desproporcionada concedida a quienes ocupan escalas más altas en la organización criminal (por tener más información), el escaso reconocimiento del arrepentimiento posterior en el sistema jurídico y el hecho de que las legislaciones penales tienden a castigar severamente el abuso de confianza¹⁶¹⁶ o el quebrantamiento del secreto como valores generales¹⁶¹⁷, entre otros.

La antinomia principal, sin embargo, radica en la quiebra de la igualdad entre ciudadanos: el Estado se ve obligado a premiar a algunos debido a la insuficiencia de sus propios recursos para combatir sin el arma de la delación. En otro momento, y en un contexto más ensayístico, nos referimos a esta realidad como "El Estado de rodillas"¹⁶¹⁸. Con un lenguaje más formal, el fundamento del coeficiente ΔC debe explicar esta excepcionalidad, pues implica reconocer la debilidad estatal frente a la organización criminal, hasta el punto de necesitar renunciar a la pena de un autor de delito para combatir al grupo al que este dejó de pertenecer. Aunque justificable en términos de combate, esta realidad requiere ser reconocida y mensurada. Si la situación de combate no es explícitamente argumentada en la motivación judicial, la legitimidad del premio al delator se desvanece, y las ventajas pueden invertirse en un sentido contrario al esperado.

¹⁶¹⁵ Veanse las siete antinomias de la Delación premiada en libro de este autor, RODRÍGUEZ, V. G. *Delación Premiada: límites éticos al Estado*. Bogotá: Temis, 2019, p. 178.

¹⁶¹⁶ Art. 22, 6ª, del Código Penal español.

¹⁶¹⁷ Art. 197 y siguientes del Código Penal Español.

¹⁶¹⁸ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delación Premiada...*, cit., p. 116 y ss.

Existe, además, la hipótesis de que el nivel de excepcionalidad sea mínimo ($\Delta C=0.1$, en la notación). Esto no significa que una organización criminal, como un entramado de corrupción de dimensiones regulares, deba ser naturalizada como "no punible". Simplemente implica que, en estos casos, los límites de rechazo ya son los del derecho penal ordinario. Así, aunque la colaboración del delator pueda ser útil, no justifica una renuncia significativa a impartir justicia individual. En términos narrativos, un ΔC mínimo indica que el agente es el protagonista de su propio delito, y renunciar a imponerle una pena sería abdicar de la justicia.

Distinto es el caso en que el juez, tras utilizar la información del delator, determine que esta no fue esencial para descubrir la verdad. Esta situación, aunque frecuente en la práctica, tiene aquí un lugar de observación lateral, ya que no es teóricamente correcto partir de la hipótesis de que el Estado mienta. Contrafácticamente, y siguiendo autores clásicos como Francisco de Vitoria¹⁶¹⁹ o Sepúlveda, "la lealtad otorgada debe mantenerse también con los enemigos, y hay que atenerse a los pactos y compromisos"¹⁶²⁰. Este principio revela un problema inherente al agente encubierto: incluso en el combate, el Estado fomenta el delito, pues no intervenir lo convierte en agente provocador¹⁶²¹. Aunque este tema merece un análisis separado, subraya otra paradoja: el delator, que traiciona a sus compañeros, rara vez puede quejarse eficazmente si el Estado incumple sus promesas como nuevo aliado¹⁶²².

En última instancia, el fundamento para el premio al delator surge de la declaración del estado de Combate y de su grado. En un estado de normalidad, el delator solo puede ser premiado en términos mínimos, ya que lo contrario pondría en riesgo la

¹⁶¹⁹ Francisco de Vitoria dirá que el Estado tiene que cumplir todas sus promesas de guerra, porque "Si admitimos una sola vez que la mentira es lícita, terminaremos con la convivencia humana". VITORIA, F. *Rellectio de Iure belli*, p. 259 Ou: "Es lícito usar de fraude y dolo en la guerra? Respuesta: Nunca se puede mentir" (*Utrum in bello liceat uti fraude, dolo. Respondetur quod mentiri nunquam licet*). p. 256

¹⁶²⁰ Sepúlveda considera el *jus in bello*: "En consecuencia, es lícito engañar a los enemigos, usar de emboscadas, tenderles trampas mediante ardiles... es decir, hablo de las trazas que según tradición y derecho de gentes están permitidas, no de la traición ni de la falsía. Pues la lealtad otorgada debe mantenerse también con los enemigos, y hay que atenerse a los pactos y compromisos". GINÉS DE SEPÚLVEDA, J. *Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas*. In: Obras Completas XV, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010, p. 106.

¹⁶²¹ Sobre el tema: RODRÍGUEZ, V. G. Del agente encubierto en la legislación latino-americana: límites éticos y cambios inevitables. In: RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (Org.). *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI*. 1. ed. v. 1. Bogotá: Temis obras jurídicas, 2018, p. 45-68.

¹⁶²² En otro momento, como hemos dicho, más ensayístico, hemos denominado la 'antinomía del Estado Traidor'. Así, decimos que "El Estado, ético por excelencia a pesar de sus pobres y desvirtuados operadores, traicionó al delator, y está inerme. La delación, por su complejidad, no es un juego para aficionados" RODRÍGUEZ, V. G. *Delación Premiada...*, cit., p. 180.

legitimidad de la disminución¹⁶²³. Aunque algunos autores sostengan lo contrario, el perdón al delator, incluso cuando está previsto por ley, siempre enfrenta el riesgo de no ser legítimo si no se inscribe en una situación de combate razonada y explícita.

Dicho esto, se vislumbra la posibilidad de establecer, en el futuro, un conjunto de baremos para ΔC , que parten de una situación límite cercana a la normalidad ($\Delta C = 0,1$) y progresan mediante valores escalonados hasta alcanzar el límite extremo de guerra ($\Delta C = 0,9$). En este marco, sería necesario considerar la capacidad de reacción del Estado en una situación determinada de tiempo y espacio, así como la naturaleza de la organización criminal objeto de combate, su capacidad de resistencia y los riesgos que representa para la estabilidad jurídica o la propia validez y vigencia del ordenamiento en un territorio específico, los cuales constituyen casos extremos.

Sin embargo, dicha gradación no puede ser objeto de análisis en este momento, ya que derivaría en un reduccionismo contrario al método. Aunque el ΔC , en términos numéricos, pueda situarse idealmente en el intervalo $[0,1; 0,9]$, desde una perspectiva fenomenológica debe ser evaluado caso por caso, mediante estudios criminológicos que integren todos los elementos típicos de esa área del conocimiento, incluyendo la tolerancia social y la percepción de las propias víctimas respecto al crimen. No obstante, los criminólogos podrían desarrollarlo, incluso incorporando casos concretos de grandes organizaciones criminales que encajen en los escenarios extremos ($\Delta C = 0,9$), avanzando hacia un estado de guerra¹⁶²⁴.

¹⁶²³ No es necesario destacar que esta explicitación conlleva todas las ventajas asociadas a la motivación de la sentencia, entre ellas la posibilidad de revisión del coeficiente de combate (ΔC). Sin embargo, un tema distinto es determinar si los tribunales pueden alterar la fundamentación en función de encontrarse en momentos diferentes del combate. Por razones que se desvían significativamente de lo ideal, esto es precisamente lo que sucede en Latinoamérica: la consolidación del Narcoestado obliga a abandonar una previa guerra contra las drogas, del mismo modo que la instauración de una cleptocracia marca el fin de la guerra contra la corrupción (véase, supra, 5.9.3). Como consecuencia, surge un ataque masivo contra las delaciones, ahora consideradas ilegítimas, y se resucitan teorías que equiparan la delación a la tortura o que califican a los delatores como traidores indignos de confianza, bajo un marco de liberalismo más hermético. No obstante, esta es una observación derivada de la realidad y, en este contexto, simplemente relatada.

¹⁶²⁴ Nótese, solo por precaución, que el ‘estado de guerra’ aquí no se refiere al *Feindstrafrecht*. La proposición presentada es positiva: cuanto mayor sea el ΔC , menor será la pena aplicada al delator. Se remite una vez más a 1.5.4.

8.10.2 Estableciendo las circunstancias en un derecho ordinario (α)

Aunque se sostenga lo contrario, las circunstancias no utilitaristas, asociadas a la autodelación, están separadas de los valores utilitarios inaugurados por la heterodelación.

Para comprobarlo, pongamos un ejemplo paradigmático en forma de interrogante sencilla: en cuanto a la participación en la organización criminal, ¿qué debe considerar el juez como más valioso para la reducción de la pena? ¿Que el delator haya participado poco en la organización criminal o que haya sido un relevante agente? Esa pregunta solo encuentra respuesta si se asume la disyuntiva entre circunstancias de normalidad y de combate, es decir, entre α y β .

En una situación de normalidad, quien participa menos merece mayor indulgencia, por evidentes motivos: está más cerca de su rehabilitación, su participación fue menor, su culpabilidad en la participación se revela *ex post* como más reducida, entre otras razones. Por otro lado, cuanto más elevado sea su rango en la organización y más significativo el grado de participación en cada delito, mayor será su valor en una situación de combate: el arrepentimiento (considerado normativamente) es más profundo, el nivel de información es superior, y el impacto de contar con un delator "convertido" resulta mucho más contundente, entre otros factores.

En otras palabras, una misma circunstancia adquiere un doble peso dependiendo del contexto¹⁶²⁵, por lo que es necesario asignarle valores específicos. En el caso del utilitarismo de la delación, el peso mayor se otorga a α y β , como ya se ha explicado.

Si se plantea la hipótesis de que algunos elementos, como el establecimiento de la verdad o la reparación del daño, se encuentran en una zona gris, basta considerar que, a

¹⁶²⁵ Siguiendo la proposición de Alonso Álamó, se podría decir que la circunstancia tiene la misma ratio, porque el origen es único, pero asume una distinta comprensión valorativa, que constituye una segunda fase de análisis de la circunstancia. ALONSO ÁLAMO, M. *El sistema de circunstancias del delito*: Estudio General. Valladolid: Ediciones UVa, 1981, p. 342-343. En consonancia, y directamente relacionado con la doble implicación de la culpabilidad en las circunstancias del delito, cuando estas son descritas por el legislador para agravar la pena, basándose en la misma causa de culpabilidad, véase Ángel Sanz en un texto reciente, en que concluye que “Es necesario distinguir aquellos datos cuya presencia supone una intensificación del contenido de injusto del hecho – tanto si se refieren al desvalor de la acción, como al de resultado – y aquellos otros que comportan una mayor culpabilidad”, SANZ MORÁN, A. Las circunstancias del delito: apunte sobre alguna cuestión suscitada en el debate más reciente. In: GÓMEZ TOMILLO, M.; *et al.* (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamó*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025, especialmente p. 574. Aunque la disminución por la delación no sea, desde luego, una agravante, la confusión entre disminución por resultado o culpabilidad debe quedar clara para el juez que concede el beneficio, dentro de sus límites.

partir del coeficiente de combate (ΔC), estos valores son percibidos de manera distinta: el valor no utilitario, próximo al imperativo categórico, (α) existe independientemente de la solución del conflicto colectivo, interpersonal y trasladado al futuro; mientras que los valores utilitarios (β) surgen desde la perspectiva de un combate dirigido contra un actor colectivo, en un conflicto extendido en el tiempo. Como se ha establecido en la fórmula aquí propuesta, cada legislación asigna un peso aproximado a α y β , basado en la proporción entre los criterios tradicionales de la autodelación y los de la delación premiada. En España, donde el premio al delator no se prevé para todos los delitos y la situación criminológica permite resistir a una legislación de combate, esta proporción se calcula, bajo criterios básicos, como $\beta = 2\alpha$, como se ha mencionado anteriormente.

En el momento analítico, es decir, al transformar los criterios en una sentencia motivada, el juez debe separar los criterios de derecho no utilitario de los utilitarios. Aunque no todos estos criterios se encuentran explícitos en el ordenamiento jurídico, también se desarrollan a través de la doctrina. Entre los criterios α , pueden enumerarse clásicamente, si no representan *bis in idem* con otros parámetros de individualización de la pena¹⁶²⁶: (1) la confesión, (2) la imposición de la verdad, (3) la espontaneidad de la confesión (como en el caso del art. 21.4ª del Código Penal Español), (4) la reparación del daño a la víctima¹⁶²⁷ —que no es exclusiva de la delación premiada—, y (5) la personalidad del agente, (6) importancia de rebajar la pena para justicia general (estabilidad del ordenamiento, equidad); (7) baja gravedad del delito, (8) menor participación del agente en la organización.

No es posible en este momento reproducir todo el debate que criterios como la "personalidad" plantean en la discusión dogmática, especialmente por su carácter más subjetivo, ya que esto toca aspectos de la moral penal y el equilibrio sistémico de cada ordenamiento. Sin embargo, es claro que estos criterios, aunque constantes en la heterodelación, tienen mayor relevancia cuanto menor sea la situación de combate, ya que están más vinculados al conflicto causado individualmente por el delator y cuya solución se busca a través de la pena. Por ello, se encuentran en el delicado equilibrio en el cual la pena individual impuesta al delator, aunque disminuida por estos criterios, sigue siendo más relevante en el contexto del conflicto. En este equilibrio se sugiere que la

¹⁶²⁶ Especialmente los ítems (5) y (7).

¹⁶²⁷ Véanse 4.7, 4.9 y 4.10.

rebaja de la pena se limite a lo mínimo necesario, manteniéndose el peso fijo en **1**, como se refleja en la notación sintética propuesta.

8.10.3 Estableciendo las circunstancias de un derecho de combate (β)

Las circunstancias del derecho de combate, progresivamente (ΔC) derivadas de los elementos típicos del utilitarismo, a las que convencionamos llamar β . Si se comparan entre sí, esas circunstancias tienen un peso mayor, que se puede deducir, aunque por comparación aproximada, a partir de la legislación. Nuestro objetivo es enunciar aquí, específicamente, esas circunstancias y los elementos que componen β , a fin de que estos integren la fundamentación de la rebaja o el levantamiento de la pena al delator cuando se justifique en una situación elevada de combate.

A pesar de estar enunciados específicamente, pueden ser ampliados, porque convergen hacia lo mismo: los efectos de un espectro de delación en el que el delator se convierte al Estado e intenta, con sus declaraciones, debilitar la organización a la que ha pertenecido. A medida que el eje del conflicto se desvía progresivamente (ΔC) desde su dimensión individual hacia la colectiva, la importancia de su pena individual disminuye, lo que justifica su reducción en proporción al potencial impacto en dicha organización.

Además, cuanto más ampliada esté la organización, más se desvanecen los pactos de fidelidad y, por lo tanto, su traición incorpora moralmente menor rechazo. Son todos elementos de proporcionalidad, derivados de la intensidad del conflicto, que ya se ha delineado.¹⁶²⁸

A partir de las circunstancias y valores vistos en los capítulos anteriores, que están en gran medida en todas las leyes de delación, esos criterios utilitarios son, aproximadamente: (1) en términos generales, el poder de combate del delator respecto al todo de la organización; (2) la conveniencia del Estado en demostrar que premia al individuo que abandona la organización criminal. Como corolario de ello, los delitos que él mismo virtualmente deja de cometer¹⁶²⁹; (3) la posición que ocupaba el delator en la

¹⁶²⁸ Véase, atrás, 5.12.

¹⁶²⁹ Evidentemente, eso crea el derecho del delator a delinquir en el futuro, porque se le premia con la disminución de la pena por no haber cometido otro delito en perspectiva. Esa es una de las enunciadas en: RODRÍGUEZ, V. G. *Delación Premiada...*, cit.

organización; (4) el modo en que la garantía de no repetición de nuevos delitos de ese individuo significa una neutralización de su peligro; (5) el poder que tiene él de reparar el daño causado, no solo por sí mismo, sino por la organización. Además, la ya comentada (6) falta de protagonismo del delator como autor del delito (que no es su falta de mando en la organización, sino la potencia de la organización misma), lo que conduce a enaltecer el comportamiento traidor; (7) la efectividad de sus informaciones en la futura incautación de activos ilícitos; (8) la relevancia de las informaciones para evitar la perpetración de otros delitos; (9) la relevancia de la aplicación del derecho penal futuro para *conquistar* estabilidad en el ordenamiento; (10) en casos extremos, la eficacia del Estado frente a la capacidad de resistencia de la organización criminal.

Si bien está justificada, en principio, la necesidad de combate, el juez puede reducir la pena del delator hasta su nivel máximo de disminución (el perdón total), alcanzando así la legitimidad. Para ello, deberá demostrar los criterios de utilidad frente a un conflicto ampliado, en cuya solución el delator colaboró. En ese caso, la pena impuesta a él no constituye la solución del conflicto típico planteado, por lo que puede ser dispensada. El conflicto se considerará estabilizado cuando la pena sea aplicada a los demás miembros de la organización criminal o cuando, de otro modo, se consiga la extinción de la misma.

Es evidente que los casos más extremos¹⁶³⁰ plantean problemas relativos a la cadena causal, ya que la obtención del impacto de las informaciones del delator en la organización criminal no está totalmente en sus manos, dependiendo en gran medida de la eficacia de los medios de investigación puestos en marcha tras su colaboración. Esto es cierto, pero se trata de regreso al problema nodal del utilitarismo. Si asumimos que la delación se aproxima a él, y por tanto el ΔC es reconocidamente elevado y motivado por el juzgador, la consecuencia es que el perdón dependa progresivamente de eventos que no están bajo el control causal del delator. Básicamente, dependen de la eficacia del aparato persecutorio del Estado y de la capacidad de resistencia de la organización criminal. Así, cuanto más eficiente sea la organización criminal, menos impactante se vuelve la información del delator, y el hecho de que el juez utilice o no un factor de

¹⁶³⁰ Especialmente el valor β (10).

corrección por esa falta de impacto, valorando más la disposición de colaborar que su resultado¹⁶³¹, una vez más depende del ΔC .

8.11 Respuestas a las preguntas consolidadas

Observado el fenómeno con detalle, el premio al delator plantea múltiples interrogantes, cuya respuesta debe objetivar la preservación de niveles mínimos de la dogmática que aporta racionalidad al sistema penal. Las cuestiones principales en este trabajo, que se sumaron a otras derivadas y, después, se consolidaron al inicio de este capítulo, son las más relevantes para alcanzar ese objetivo. Como premisa, que se viene confirmando a lo largo de este escrito, está el hecho de que, aunque se pueda graduar el nivel de radicalidad con el cual la delación premiada ha sido introducida en los ordenamientos latinos (menor en España, mayor en América Latina), las respuestas no son entre ellos distintas: la esencia del contraste entre el sistema de premio al delator y la dogmática anterior a su adopción es básicamente la misma.

Por ello, se ha adoptado el tipo de organización criminal, que casi no presenta variaciones en los ordenamientos, como baremo descriptivo de la delación premiada: aunque el tipo parezca tener como función principal describir la conducta de pertenencia a la Organización, su propósito más elemental es poner de manifiesto la existencia de la criminalidad organizada y declarar directamente que, en contra de ella, hay instrumentos penales disponibles más allá del precepto secundario del tipo, o sea, la sanción penal. En general, incluso, la definición de organización criminal, más importante que el tipo, se encuentra en un apartado¹⁶³².

Desde la perspectiva ética del ordenamiento tradicional, la primera pregunta (1.a) es la más directa: ¿cómo se admite lo que llamamos interpersonalidad de la pena, es decir, que se disminuya la cantidad de pena impuesta a un individuo bajo el fundamento de que se aplicará más pena, en el futuro, a varios miembros de una organización? Es evidente que ello es una simplificación de los efectos de la delación, pero eso no implica que se

¹⁶³¹ Véase tabla de 8.12.

¹⁶³² En el Código Penal, se inaugura un nuevo párrafo, autónomo, para la definición, en el art. 570 *quater*, 1.

pueda escapar a responderlo. Al revés, es su problema central, relacionado con el utilitarismo y su posible introducción como modo de justificar abstractamente la pena¹⁶³³.

Conforme aquí se ha explicado, la cuestión radica en que, al admitirse a la organización criminal como núcleo conflictivo, se derivan dos consecuencias principales: el individuo pierde protagonismo en la acción del tipo penal, por lo que la organización criminal deja de ser imputable a él; y, al no ser núcleo del conflicto, la pena aplicable al individuo pierde su estatus de solución para el conflicto principal, lo que permite su disminución o incluso su supresión. Esto explica que sea posible reducir o anular la pena individual, que ya no resulta imprescindible para el sistema de estabilización.

Sin embargo, dado que el conflicto no desaparece, sino que se produce un cambio de foco entre la conducta individual y el riesgo derivado de la organización, sigue siendo necesario dar respuesta al conflicto planteado por la organización criminal. Como ente colectivo, no basta con imponer una única pena para resolver el conflicto. Se inaugura así un combate prolongado en el tiempo, que incluye, como una de sus medidas, la aplicación de penas a otros miembros de la organización, preferentemente a aquellos de rango jerárquico más elevado.

Esa complejidad de respuestas es la que permite que la pena se traslade hacia el futuro, lo que responde a la segunda parte de la primera cuestión **(1.b)**: la pena se proyecta al futuro porque solo en tiempos subsiguientes puede esperarse la solución del combate. Esta ampliación también facilita superar **(1.c)** el obstáculo ético de premiar al traidor del grupo, dado que, al ser la organización criminal un ente más poderoso que un pacto entre autores y partícipes, los lazos de pertenencia resultan tanto más amplios cuanto más frágiles, lo que permite comprender que el valor del pacto tácito de lealtad no se da en condiciones éticamente estables.

Esto, además, explica el extremo rigor punitivo de las organizaciones violentas hacia sus delatores: ante la falta de una moral interna, la aniquilación del delator se convierte en un simple factor externo de preservación del grupo. Es ese poder de la organización criminal el que permite entenderla como una amenaza para el Estado, autorizándolo a imponer su propia ética, en lugar de adherirse al valor liberal según el cual el Estado debe ser el principal garante de las virtudes del individuo.

¹⁶³³ Capítulos 02 y 03.

Tema distinto es saber si existe una identificación entre ese sistema de valores individuales y el de preservación del Estado. Conforme a la postura aquí defendida, el concepto de utilitarismo tiene como premisa que se pueda diferenciar entre los valores colectivos y los individuales. En palabras casi kantianas, es intuitivo, aunque plenamente racional (*praktische Vernunft*), observar en un sistema de penas dónde están preservados los valores del individuo a la vez que se identifican valores de la sociedad en el combate contra la delincuencia organizada. Es esta dicotomía la que nos ha permitido, en la notación sintética, formatear la separación entre conjuntos (α) y (β). Aunque es posible defender que este abismo, poco a poco, debido a elementos culturales, se va disminuyendo —lo que implicaría naturalizar el utilitarismo de la delación—, existe alguna prueba empírica de que, en momentos de enfrentamiento, **se regresa a valores individuales**, indicando que la disminución de la punibilidad solo cabe en momentos de excepción.

La segunda interrogante (2) exige profundizar en la naturaleza de la pena, que, en la notación sintética, depende de la idea de límites. Esta es esencial para todas las siguientes respuestas. El límite, como antes se ha señalado, permite estudiar el cuadro de consecuencias de una situación cuanto más se aproxima a un punto específico, sin jamás alcanzarlo. En el presente caso, ese límite es el derecho de guerra, en cuanto el estado de combate escala hasta llegar a él, pero sin nunca tocarlo. Si existe una situación de combate a partir del momento en que se da la delación, esta se aproxima al perdón. En el sistema de combate, en el cual se incluye la delación premiada, hay una gradación que va desde el límite mínimo, donde rige la punibilidad por el comportamiento posdelictivo positivo hacia, en el otro extremo, el perdón por conveniencia y reafirmación del poder del Estado. En este polo, cuanto más aleatoria y menos dependiente de la personalidad y los valores individuales de la acción posdelictiva del delator sea la rebaja de pena, más funcional será al estado de combate. De todos modos, dogmáticamente, el premio al delator siempre caberá en la punibilidad: estará más próximo a los valores del delator si el ΔC es bajo, y más cercano al perdón incondicionado si el ΔC es alto. Una pena impuesta en una situación próxima al perdón, a su vez, identifica un elemento de ‘justicia’ con la actual doctrina del derecho transicional, esto es, una condición necesaria al perdón, en límites mínimos.

Definir (3) si la delación premiada anula o al menos pone en riesgo la dogmática nos remite a los inicios de este estudio. Ello implicaría reconocer que todos los valores

constituidos en la dogmática tradicional se alteran a partir de una situación de premio al delator. A primera vista, esa hipótesis es muy plausible, dado que una alteración cuantitativa muy rotunda implica una diferencia cualitativa: **al no haber proporción clara en los límites de la delación, debe asumirse que esta no pertenece al conjunto de elementos de la dogmática tradicional**. Si, en la teoría de las circunstancias, una confesión común, para el establecimiento de la verdad, disminuye la pena en 1/6 parte, la anulación de la pena o la disminución de 3/4 para el delator parece no estar contenida en el sistema tradicional de valores. En consecuencia, la dogmática común, con las normas, la doctrina o la jurisprudencia a ella vinculadas, no jugaría un papel significativo. No solo elementos directamente relacionados, como la función de la pena, sino también aspectos estructurales, como el tipo penal, estarían absolutamente alejados de la lógica del premio al delator.

No es exactamente así. Lo que se demuestra en esta monografía es que, aunque se reconozca una nueva realidad, **esta se enmarca en la dogmática** a partir del propio concepto del tipo penal. Al comprender que el tipo penal plantea un conflicto a ser solucionado y que la delación solo puede utilizarse cuando se encuentra en un grado distinto de esa conflictividad, toda la dogmática penal se convierte en un sistema de valores clave del cual, para distanciarse, es necesario un razonamiento muy específico. Ese razonamiento es la fase más importante para la adquisición de legitimidad en la delación premiada. Ello no implica, desde luego, que puedan omitirse constantes revisiones en las normas que regulan el instituto o en las sentencias que lo aplican, incluso bajo control de constitucionalidad o convencionalidad. No obstante, incluso estas estarán sujetas a la existencia de ese estado de combate, el cual se extrae de la realidad. Si se comprende la sociedad como un sistema comunicativo o como comunicación en sí misma, puede afirmarse que el estado de combate se explica por el desequilibrio sistémico; sin embargo, esto llevaría a una argumentación cíclica, un *petitio principii* de retrocausalidad que no contribuye a los objetivos de un estudio sobre legitimidades. Resulta más claro sostener que, dentro de la multidisciplinaridad de la política criminal, es posible recopilar datos que demuestren el estado de combate y la necesidad de sus herramientas, en una realidad en la que el garantismo y la defensa estricta de bienes jurídicos asumen un carácter utópico, un estado por alcanzarse en una paz futura.

Dicho esto, es casi directo confirmar que el derecho de combate es intrajurídico, a pesar de *tender al límite* de la guerra (extrapenal). Entre ellos, como se ha señalado, hay una gradación que, en nuestra notación sintética, corresponde al intervalo ΔC .

En términos prácticos, todo esto implica reconocer que la sentencia que impone o reconoce la delación premiada debe fundamentar la situación de combate, la cual es distinta de una mera ‘oportunidad’ o de la conveniencia de una ‘política criminal’ abstracta, que jamás se revela más allá de esa locución. No sería incorrecto afirmar que lo que la dogmática entiende como factores de oportunidad o política, en derecho penal, son poco más que arbitrios¹⁶³⁴. La justificación del ΔC debe demostrar todos los elementos que autorizan el traslado del núcleo conflictivo hacia un momento en que la pena del individuo no sea relevante y donde aproximarle a un aliado del aparato del Estado, proyectándolo hacia el futuro ampliado en muchos de sus efectos, sea más relevante que la pena individual.

En otras palabras, el ΔC , la situación de combate, cuando se traslada a su aplicación en forma analítica, es el elemento que presta legitimidad a la delación, siempre y cuando sus fundamentos estén contrastados y, sometidos a la dialéctica de la posible negación de la situación extrema, se compruebe su excepcionalidad. Sin ese elemento, todo lo aquí afirmado sobre la delación pierde sentido: legitimidad, proporción, vínculo a la dogmática, valores y garantías quedarían negados en el premio al delator. La “oportunidad”, que aquí intentamos mencionar lo mínimo posible, sería casi la negación de toda esta imprescindibilidad de fundamentos para el combate, que intentamos destacar. El evidente cuadro de anomia de la delación no puede confundirse con arbitrio.

¹⁶³⁴ Así, entre tantos, Iglesias Río: “Las finalidades políticas, económicas o de conveniencia no pueden constituir un fundamento definitivo si contradicen los presupuestos del Estado de derecho y, desde la perspectiva estrictamente penal, si se apartan de la función primordial de un Derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos o si distorsionan el cumplimiento de los fines preventivo generales y especiales que modernamente se atribuyen a la pena” IGLESIAS RÍO, M. A., *La dudosa legitimación...* cit. p. 07. El hecho de que en la presente tesis se asuma que existe un derecho de combate no implica que se renuncie a la consecución de un derecho penal orientado a la protección estricta de bienes jurídicos. El reconocimiento del combate es, de modo contrafáctico, una forma de reafirmar que el propósito es excluir del derecho penal los objetivos políticos y la oportunidad, como ya se ha señalado.

8.12 Tabla comparativa

Toda clasificación de la realidad, especialmente cuando se reduce a una fórmula sintética, corre el riesgo de parecer artificial. Sin embargo, dado que se ha demostrado que la delación tiende a límites, es posible construir un cuadro que facilite la percepción de la excepcionalidad, o no, de la situación de combate en relación con el premio al delator. Evidentemente, sus factores no son perfectos y siempre será posible complementar algún aspecto, ya sea interno o externo al texto de la presente monografía. Como guía, la tabla cumple con los objetivos propuestos:

Ordinario $\Delta C=0$	Combate $0.1 \leq \Delta C \leq 0.9$	Guerra $\Delta C=1$
Reglas dogmáticas preservadas	Dogmática flexibilizada	Extrapenal
Garantismo prominente	Garantías penales, constitucionales y de DDHH en grado mínimo	Jus in bello
Ausencia de premio al delator	Premio relativo al delator	Premio elevado al delator, pero no garantizado (perdón absoluto)
Valores de la autodelación autodelación (confesión, economía procedimental..)	Autodelación como parte relevante (establecimiento de la verdad)	Autodelación (confesión) irrelevante
Desvalor de la traición (societas delinquendi)	Traición Indiferente (ausencia de vínculo moral directo)	Traición positivamente valorada (liberación de la Organización opresora)
Disminución mínima de la pena al delator	Disminución mediana de la pena	Anulación de la pena
Punibilidad (motivada por comportamiento posdelictivo positivo del autor)	Punibilidad (motivada por tendencia hacia el perdón)	Extrapenal (perdón, dispensadas las motivaciones)
Pena con disminución por perdón parcial por la personalidad	Pena con disminución por perdón parcial por utilidad	Perdón con la condición de imposición de pena ('justicia')
Referencia por el tipo penal cometido por el individuo	Referencia en el tipo de organización criminal	Referencia en la guerra

Disminución de la pena por la personalidad (subjetivo) y disminución del resultado en comportamiento posdelictivo	Impacto de la delación en la organización criminal	Conquista de un nuevo aliado
Arrepentimiento real	Arrepentimiento normativo	Arrepentimiento irrelevante
Tendencia al pasado (efectos en el delito cometido)	Tendencia hacia el futuro (imposición de pena a los delatados)	Tendencia hacia el futuro (fin de la guerra)
Tiempo inmediato de Solución del conflicto (pena al individuo)	Tiempo alargado de Solución del conflicto (transferida a la punición a los delatados)	Tiempo absolutamente indefinido (promesa de paz)
Conflicto de la Organización es igual al conflicto del Delito Individual C.Org= C.I.	Conflicto de la Organización se sobrepone al Conflicto Individual C.Org > C.I.	Anulación del Conflicto Individual (C.I.=0)
Pena no transferible del Individuo a la Organización	Interpersonalidad de la pena	Presunción de colaboración con la conquista de la paz (victoria en la guerra)
Utilitarismo mínimo (presente en la poca utilidad de la pena al delator y a las nociones de prevención)	Utilitarismo, pero limitado por valores más relevantes del Derecho Penal y Derechos Humanos	Utilitarismo Extremado (Posibles límites en el jus in bello internacional)
Pena como retribución principalmente	Pena como retribución/prevenición	Derecho puramente premial al delator
Derecho Subjetivo del Reo	Derecho del delator dependiente de la utilidad	Aleatoriedad del perdón
Alto valor del concepto de Tipo penal y Tipicidad / rechazo a negociaciones	Matización de la tipicidad /negociaciones posibles desde que razonadas en sentencia final o homologatoria	Tipo penal simplemente como referente /preacuerdos regulados por el derecho adjetivo/conveniencia no razonada
Personalidad del autor valorada	Personalidad traidora compensada por la utilidad	Personalidad irrelevante
Perdón como debilidad del Estado	Perdón como alternativa estratégica	Perdón como afirmación del poder del Estado
Vínculos ideológicos indiferentes	Posibilidad de sesgos ideológicos	Perdón a los vinculados a la ideología del Estado

Pena mantiene estabilidad del ordenamiento	Pena conquista estabilidad del ordenamiento	Pena y perdón se equilibran para construir un ordenamiento estable
Lealtad/ no-traición como virtudes	Virtud es colaborar con la justicia y demostrar arrepentimiento normativo	Virtud es informar el Estado
Valoración de la personalidad colaborativa	Valoración de las informaciones con potencial de impacto en la organización criminal	Valoración del resultado de la delación, a pesar de su dependencia de factores no vinculados a la voluntad del delator
Menor la pena cuanto menor participación en las actividades delictivas	Problema-clave: se valora más la intensa o la menor participación en la actividad delictiva?	Más perdón cuanto mayor la participación en las actividades delictivas.

8.13 Conclusión: el acoplamiento

Con todo lo afirmado sobre el tema, no resulta difícil regresar a la tan intuitiva, aunque posteriormente fundamentada, incompatibilidad cultural entre los sistemas judiciales latino-germánicos y anglosajones para afirmar, con cierta audacia, que estos últimos siempre se han considerado, en el sentido que aquí se ha dado al vocablo, en ‘combate’ contra el delito¹⁶³⁵. Eso facilita, en la *common law*, la utilización de técnicas utilitaristas de persecución, como ya se ha puesto de manifiesto.

En el sistema latino, con la debida licencia por la rápida perspectiva, desde Carrara, pero especialmente en Feuerbach y, evidentemente, Hans Kelsen, la pena se entiende como un ente absolutamente jurídico. Y eso dice mucho más de lo que parece, porque se sedimenta el concepto y se normaliza como estable y existente desde siempre. Por más que hayan evolucionado las escuelas penales germánicas hasta la fecha, el paradigma kelseniano se mantiene estable, según el cual la justicia es una cuestión ética, mientras que la pena es una cuestión de validez. Y es esa validez la que resulta difícil de encontrar en la delación, ya no solo a partir de Kelsen¹⁶³⁶, sino también desde la noción

¹⁶³⁵ El sentido de ‘combate’, en esta monografía, aparece siempre conforme definido en el primer capítulo. Véase 1.5.4

¹⁶³⁶ Como ya se ha mencionado, en términos de la Teoría Pura del Derecho, se podría interpretar que la amplitud de apreciación del juez respecto a las circunstancias, como ocurre en el *common law*, posee la validez formal necesaria, ya que está contenida en la ley y validada por una cadena de competencias

de sistema, con Kant o Hegel¹⁶³⁷, en la medida en que no se establece una relación de proporcionalidad directa con los valores del ordenamiento penal. En otras palabras, el paradigma del delito como ente jurídico puede estar siendo superado, y frente a ello no resulta viable construir una resistencia ajena a las transformaciones en curso. El rígido sistema latino se está abriendo hacia un modelo de valoración positiva de acciones posdelictivas orientado a la maximización de resultados, lo cual no es, en sí mismo, irracional.

La introducción de un estado de combate, que aquí se ha postulado, es una forma de acoplamiento de la lógica anglosajona, que tiene casi como autóctona esa estrategia, al no haber pasado por el *turning point* positivista. La diferencia es que, para el caso de incorporación tardía o de segundo nivel en el ordenamiento, el combate será siempre excepcional, lo que exige una fundamentación muy desarrollada en cada caso; de lo contrario, se produciría una pérdida gradual de legitimidad.

Contrario sensu, la única forma de dispensar tal excepcionalidad, dentro del sistema penal contemporáneo, sería renunciar al delito como ente jurídico. Con un ‘delito extrajurídico’, el Estado podría imponer penas libremente a quienes tenga pruebas de que son culpables o se confiesen como tales, en la medida en que logre negociarlas, con el único objetivo de una política de resultados futuros. Esto demandaría el uso intenso y exclusivo de reglas procesales como elementos adjetivos para fijar procedimientos, muy aproximadas a las normas del Derecho Administrativo; es decir, las normas relevantes para la aplicación de la pena serían los patrones de conducta para agentes del Estado, ya sea para encontrar pruebas preliminares en contra de individuos, ya sea para proceder a la negociación de la sanción o a la proposición directa al juez de un premio al delator. Esa alternativa no es un postulado *ad absurdum*, porque está implícita en todos aquellos que admiten la delación sin parámetros sistemáticos y la reducen a normas procesales.

Si el Estado reconoce el delito como un elemento a combatir y no como un ente jurídico cuya respuesta, en situación de normalidad, estabiliza el ordenamiento y soluciona conflictos amplios, estará otorgándose el poder de buscar exclusivamente una

derivada de la norma fundamental. Sin embargo, la idea de seguridad jurídica, según Kelsen, otorga al sistema romano-germánico el impulso para incluir en la ley baremos más precisos para la individualización de la pena.

¹⁶³⁷ Sobre sistemas en Hegel, véase, atrás, 3.2.2.

ganancia de resultados. En ese escenario, la Teoría de Juegos, pensada para un Estado *selfish* y ansioso por la ampliación de sus *payoffs* cuantitativos, adquiere total sentido.

Con la obligación de observar el movimiento pendular que toda doctrina y razón jurídica, transformando paradigmas¹⁶³⁸, pueden realizar a lo largo de los siglos, la única forma de mantener el delito como ente jurídico es, ante el premio al delator, fundamentar el estado de excepcionalidad, calcular su gradación (ΔC) y, a partir de esta, identificar los valores menos o más utilitaristas que se pueden invocar para individualizar la pena al delator o, directamente, para proclamar su perdón.

La subsistencia de la delación como una **excepción gradual y motivada** es el único modo de prestar legitimidad a este instituto imprescindible en el combate a formas especiales de criminalidad contemporánea.

¹⁶³⁸ Véase 1.10.

CONCLUSIONES GENERALES

01. La ubicación principal de la delación premiada corresponde al derecho penal sustantivo. La influencia que ejerce sobre la determinación de la cantidad o la calidad de la pena impuesta al delator la sitúa dentro del ámbito epistémico del derecho material, aunque requiera regulaciones significativas por parte de la legislación procesal.

02 Por consecuencia, el hecho de que las leyes que introducen la delación premiada en algunos países se presenten como normas procesales, enfocadas en soluciones investigativas contra el crimen organizado, no altera la naturaleza sustantiva de la figura jurídica. De igual manera, cualquier medida incluida en los Códigos Procesales o en las Leyes de Enjuiciamiento que autorice la reducción de la pena al delator quedará automáticamente sujeta a las reglas generales del Derecho Penal material ¹⁶³⁹

03. El vocablo ‘delación’ ha sido proscrito de las normas debido a un intento de suavización lingüística, reforzado por la percepción de que el término empleado en la ley debe estar revestido de cientificidad. En el ámbito académico, la necesidad de uniformizar las referencias, impulsada por el impacto del *scientometrics*, termina por blindar la inclusión de referencias a la ‘delación’¹⁶⁴⁰. Por esta razón, nos permitimos utilizar el término ‘colaboración’ en el título de este trabajo. No obstante, el vocablo ‘colaboración’ no soporta, en una hermenéutica más apurada, la sinonimia con la palabra ‘delación’¹⁶⁴¹.

04. La delación se inscribe en lo que aquí denominamos derecho de combate, un concepto que no debe confundirse con el derecho de guerra (*jus in bello*). El derecho de combate se caracteriza por su excepcionalidad, aunque permanece dentro de los límites del derecho penal. Si bien comparte algunas premisas con el *Feindstrafrecht*, se diferencia de este último por su dimensión positiva y porque no se centra en un enemigo, sino en una situación específica que debe resolverse¹⁶⁴².

¹⁶³⁹ Véase 1.6.

¹⁶⁴⁰ Véase 1.3.1.

¹⁶⁴¹ Véase 1.4.1.

¹⁶⁴² Véase 1.8.

05. La delación premiada es una forma de justicia premial (no siempre negociada), en la que hay una reducción de la pena a partir de informaciones transmitidas por el delator al Estado. Para legitimar la reducción de la pena a partir de un comportamiento posdelictivo positivo, es necesario establecer una premisa que, por más que sea evidente, debe enunciarse: el hecho de que el resultado final de la pena del delator sea menor que el atribuido al delito en ausencia de dicho comportamiento posterior positivo no implica que la legitimación de la delación ocurra en sentido vectorialmente invertido. La legitimación de la circunstancia posdelictiva positiva tiene sus propios fundamentos de utilidad y únicamente se proyecta en el resultado final de la pena.

En ese sentido, salvada la posibilidad de que el comportamiento posdelictivo positivo sea un indicio posterior de una culpabilidad menor, la delación premiada solo puede entenderse de manera multidimensional, en la que un comportamiento valorado en sentido diverso se proyecta sobre la pena. Ello abre espacio a toda una mensuración utilitarista, que cuenta con sus propios argumentos justificantes.

06. Si afirmamos que el utilitarismo implica maximizar ganancias, no puede entenderse como una corriente filosófica de manera directa. Esta corriente es multifacética y busca, dentro de ciertos límites, maximizar los beneficios más inmediatos para los ciudadanos. Es imposible concebir un Estado completamente *selfish*, como lo sería un jugador en un partido *win-win* que actúa con un enfoque egocéntrico. Por ello, la aplicación directa de la *Game Theory* al derecho penal, aunque facilite la comprensión de diversos aspectos relacionados con el premio al delator, tampoco resulta plenamente concebible: el punto de partida de la *Game Theory* es la obtención de ventaja por parte del jugador, incluso cuando actúa en cooperación. También debe cuestionarse si el Estado puede tratar al individuo como perfectamente racional frente a la propuesta de delación. En este contexto, las más recientes concepciones de la *Game Theory*, porque combinadas con la Psicología, trazan un camino de reflexión, pero tampoco presentan fórmulas que no deban ser ampliamente sometidas al filtro de los objetivos del Estado y de las garantías del derecho, antes de plantearse su aplicación en la pena¹⁶⁴³.

07. Hay un posible error en la traslación del dilema del prisionero a la delación premiada, porque la figuratividad de la prisión importa poco al dilema en las matemáticas, ya que su núcleo reside en el momento disyuntivo entre el *Equilibrio de Nash* y el *Pareto*

¹⁶⁴³ Véase 2.9.

Optimum. Así, se percibe la paradoja de la paradoja: lo que hace que el problema sea relevante para las matemáticas no es relevante para el derecho, y lo que lo hace relevante para el derecho no se transfiere a las matemáticas. Esto solo confirma el postulado anterior (05)¹⁶⁴⁴.

08. La evolución de los derechos humanos conduce, por comparación, a que la pena-castigo parezca casi siempre irracional o, al menos, ajena a la lógica del derecho. Así, la tesis de que la pena sea "extrajurídica", si se plantea a nivel sociológico, indudablemente tendría mucha acogida. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se reconocen los esfuerzos por dotarla de racionalidad en su previsión e imposición, aunque su eficacia sea cuestionable¹⁶⁴⁵.

09. En cuanto a la función de la pena, sigue vigente la máxima de Moore, según la cual el utilitarismo no establece límites para el derecho penal, y el retribucionismo parece no aportar suficiente racionalidad¹⁶⁴⁶. La figura de la culpabilidad como límite de la pena no constituye un freno suficiente para el utilitarismo, del mismo modo que la culpabilidad como fundamento de la pena no justifica plenamente el retribucionismo. Incorporar la política criminal, sin reconocer un estado de combate, tampoco representa una alternativa¹⁶⁴⁷.

10. Toda fundamentación de la pena que no sea el puro retribucionismo, sin embargo, ya tiene un sesgo utilitarista, puesto que convierte al individuo en un instrumento para una ganancia futura, como ocurre en la prevención general.

11. La delación premiada es un núcleo autónomo, en términos de efectos de la pena. Ella deja de ser una simple catalización del *enforcement* estatal y gana fuerza para ejercer la prevención general negativa por sí propia¹⁶⁴⁸.

12. La punibilidad constituye el lugar dogmático adecuado para situar el premio al delator. Sin embargo, si no se explicitan las razones ni los valores que justifican la reducción de la pena, dicha ubicación puede acarrear los riesgos propios de un sistema meramente nominal. En tal supuesto, la circunstancia posdelictiva positiva se transformaría en un elemento dogmático expuesto a la arbitrariedad. En otras palabras, el

¹⁶⁴⁴ Véase 2.9.6.

¹⁶⁴⁵ Véase 3.4.

¹⁶⁴⁶ Véase 3.2.3.

¹⁶⁴⁷ Véase 1.6.5.2.

¹⁶⁴⁸ Véase 3.4.

hecho de que el premio al delator se inserte en la punibilidad y redunde en beneficio del reo no implica, por sí mismo, que sea legítimo ¹⁶⁴⁹.

13. En ese sentido, el principio de *nullum crimen sine poena* no es absoluto, pero tiene un estrato lógico: los motivos que reducen la consecuencia jurídica del delito son extraordinarios y requieren una justificación más detallada que la pena en sí misma. Los fundamentos de una condena se basan en pruebas, mientras que los de la excusa radican en una amplia ponderación de valores, además de las pruebas.

14. La punibilidad todavía requiere un estudio más profundo de los penalistas para lograr su unificación sistémica. El objetivo será evitar que se convierta en un instituto excesivamente abierto, que permita la influencia de cualquier voluntad momentánea de la política criminal, con el riesgo de que el derecho, en su conjunto, termine subordinado a la voluntad política, arbitraria o no, de ciertas autoridades. No es necesario detallar los riesgos que ello supone para el Estado de Derecho ¹⁶⁵⁰.

15. En términos de igualdad general, la reducción de pena al delator por abandonar la organización criminal implica un perdón anticipado de un delito en perspectiva. Es inevitable constatar que ello genera, en un argumento *ad absurdum*, un *derecho a delinquir*, lo cual puede explicarse, en parte, por la ineficacia del Estado al no haber combatido la organización criminal en sus inicios. En este sentido, la delación resulta aún más excepcional, para evitar la creación de ese perdón anticipado.

16. La realidad latinoamericana supone una configuración de las organizaciones criminales considerablemente distinta a la europea. Los controles territoriales, la cleptocracia, el narcoestado y la manipulación directa de elecciones son factores de gran gravedad, cuyas causas siguen siendo objeto de estudio en el ámbito latinoamericanista. Esta realidad favorece la más amplia aceptación de instrumentos jurídicos de combate ¹⁶⁵¹.

17. En la organización criminal, el compromiso de la asociación ya no es el antiguo *societas delinquendi*; por lo tanto, el vínculo moral del delator con la organización es mucho más débil. El compromiso asociativo se desvanece, lo que facilita la aceptación social y moral de la delación. Por otro lado, obliga a que la organización criminal, especialmente las violentas, establezca normas internas de exterminio dirigidas contra los delatores. Ello implica que la presión de la organización para castigar a los delatores debe

¹⁶⁴⁹ Véase 4.1.

¹⁶⁵⁰ Véanse 4.11 y 5.5.

¹⁶⁵¹ Véase 5.9.

intensificarse progresivamente cuanto menor sea el valor ético asociado a la delación, en un sentido de prevención general negativa ejercido por justicia privada.¹⁶⁵²

18. Se puede adoptar una interpretación contemporánea del perdón, aunque desde una perspectiva judeocristiana, no como misericordia sin límites ni razones, sino partiendo del reconocimiento de que quien ha sido víctima no está habilitado para juzgar. El perdón no anula la responsabilidad del ofensor, pero impide que la víctima sea quien desee imponer el castigo. Para las justicias transicionales, este postulado puede tener gran relevancia, porque existe la posibilidad de que los victimados sean quienes se pongan en situación de jueces en situaciones de posconflicto¹⁶⁵³.

19. El perdón puede considerarse una de tantas formas de disminuir el dolor causado por el derecho penal, pero no siempre será un instrumento válido para lograrlo. El perdón posee un carácter de excepcionalidad, lo que implica reconocer que no se aplica en situaciones de estabilidad. El ejemplo de la justicia indígena es ilustrativo en este sentido: desde una mirada externa, parece que se observa un perdón religioso y una pena simbólica, pero desde dentro se advierte la aplicación ordinaria de la prevención general positiva. Esto ocurre cuando la comunidad logra reorganizarse a pesar de la imposición de un castigo corporal apenas simbólico al condenado.

20. Los códigos penales contemporáneos rechazan la exigencia de arrepentimiento por considerarla excesivamente subjetiva. Sin embargo, todos, en figuras próximas al perdón, incluyen exigencias análogas a “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas”, como establece el Código Penal de España. Este “repudio a las actividades delictivas”, el “abandono” de dichas conductas o las propias informaciones proporcionadas por el delator, cuando hacen imposible su regreso a la organización, constituyen, en esencia, un “arrepentimiento normativizado”. Esto es lo que la justicia de transición denomina “garantía de no repetición”, que, en conexión con el establecimiento de la verdad, integra los elementos externos del antiguo arrepentimiento¹⁶⁵⁴.

21. Los acuerdos sinalagmáticos entre acusación y reo no pueden constituir perdón por sí mismos, sino que suponen una sustitución de la pena privativa de la libertad por otro tipo, como la pena pecuniaria. El perdón se afirma como tal cuanto mayor es la rebaja

¹⁶⁵² Véase 5.12.

¹⁶⁵³ Véase 6.6.

¹⁶⁵⁴ Véase 6.11.2.

de la pena, lo que, en otras palabras, implica una mayor distancia –y, con ello, mayor oposición– entre la pena prevista para el tipo y la pena impuesta¹⁶⁵⁵.

22. En cuanto a la justicia transicional, en una aproximación semántico-gramatical, no es posible que el adjunto calificativo pierda su función restrictiva; es decir, imponer una *cualidad* a la justicia implica delimitar una subparte de ella, porque deja de ser la justicia misma: la justicia *que restaura* o la justicia *que opera transición*. En consecuencia, acoplar un predicativo a la justicia por su finalidad conlleva aceptar que esta no es un fin en sí misma (justicia como justicia), sino un instrumento para otros propósitos, como una justicia teleológicamente dirigida. Las Naciones Unidas llegan a afirmar que la Justicia Transicional existe para servir a la justicia (*in order to serve the justice*), lo que constituye una *petitio principii* difícil de deshacer.¹⁶⁵⁶

23. La justicia transicional, por razones evidentes, no está contemplada en los ordenamientos jurídicos internos. Esto facilita, por otro lado, la construcción de una doctrina internacional que, en mayor o menor medida, se aproxima al perdón, vinculándolo a un estado de enfrentamiento. En este sentido, se moldea la similitud con la concepción de la delación premiada aquí propuesta.¹⁶⁵⁷

24. La justicia de transición debe reconocer sus límites. No puede abarcar todo el cambio social y económico, sino que debe centrarse en superar la condición previa de abusos, basándose en sus pilares fundamentales: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Exigir más que eso implica atribuir al aparato judicial una misión que no le corresponde. Parte de los desafíos de la delación premiada frente al crimen organizado radica en ese anhelo de resolver los problemas de la sociedad a partir de una sentencia penal, de forma similar a lo que ocurre en la justicia transicional.¹⁶⁵⁸

25. El núcleo principal de la justicia de transición radica en el reconocimiento de que existe una situación tan excepcional que es necesario introducir reglas *ad hoc* para su superación, entre las cuales se incluyen la reconstrucción narrativa de los hechos, el perdón efectivo y algunas garantías. La delación premiada es, en parte, la estabilización en el ordenamiento de esta situación de excepcionalidad. Sin embargo, el hecho de estar

¹⁶⁵⁵ Véase 6.11.

¹⁶⁵⁶ Véase 7.2.

¹⁶⁵⁷ Véase 7.3.

¹⁶⁵⁸ Véase 7.3.

incorporada al ordenamiento no elimina la necesidad de justificar su contexto de anormalidad, al que aquí se denomina *combate*¹⁶⁵⁹.

26. Existe un sesgo político en la interpretación internacional del perdón en el contexto de la justicia transicional. Mientras los organismos internacionales celebran el perdón absoluto en Sudáfrica y Colombia, condenan las amnistías en Brasil, Uruguay o Perú. Trasladarlo a la delación premiada resulta inmediato: existe el grave riesgo de que el perdón quede sujeto al filtro ideológico del juez o magistrado, como ya ha ocurrido en casos relevantes en América Latina. Las consecuencias negativas de ello para la justicia penal ordinaria, una vez más, son evidentes¹⁶⁶⁰.

27. El sistema de *compliance*, en su base teórica, surge de la misma raíz que la delación premiada: una forma de motivación positiva ante la incapacidad del Estado para controlar las *big companies*, especialmente las transnacionales y tecnológicas. Del mismo modo que las organizaciones criminales en América Latina, las grandes empresas son *too big to prosecute*, por lo que resulta necesario, sin mostrar debilidad del Estado, promover una forma de cooperación controlada. La delación premiada, en ese sentido, no deja de ser una forma de *enforced self-regulation* en la que la cooperación se traslada al propio individuo, quien calcula la pena potencial a la que puede ser personalmente sometido si decide colaborar o no.¹⁶⁶¹

28. Aunque exista resistencia en los discursos internacionales a reconocerlo dentro de la teoría, en la práctica, todos los requisitos de la justicia transicional convergen hacia el perdón a ambas partes (miembros del Estado y opositoros), nuevos aliados de una nación que empieza a reconstruirse. En este contexto, al requisito de la "justicia" le siguen la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. Por lo tanto, la reducción de la pena encuentra su legitimidad, porque no es un elemento aislado y, en consecuencia, no es absoluta en su contexto: la pena, en la justicia transicional, es un elemento de un conjunto cuádruple, y como tal debe ser considerada¹⁶⁶².

29. Los requisitos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición en la justicia transicional, salvo algunas variaciones nominales, son paralelos a los del premio

¹⁶⁵⁹ Véanse 7.3 y 8.8.2.

¹⁶⁶⁰ Véase 7.6.

¹⁶⁶¹ Véanse 1.8, 6.8.2 y 7.7.

¹⁶⁶² Véanse 7.7 y 7.8.

al delator en las legislaciones contemporáneas. La dificultad radica en calibrar cada uno de estos elementos, lo cuales cuentan con medidas autónomas¹⁶⁶³.

30. Al enfocar la lucha contra la delincuencia como una cuestión de política de Estado, se equipara también al delincuente delator como autor de un crimen de naturaleza política. Esto significa que el delator puede beneficiarse del perdón. En contrapartida, abre un flanco, nuevamente como en el caso de Latinoamérica, para que los tribunales se vean influenciados por ideologías político-partidarias al aplicar los beneficios al delator o al negarlos por considerarlos antiéticos, especialmente en casos de corrupción.

31. La comparación de la justicia transicional con el estado de combate permite concluir que, mientras la pena en un estadio ordinario busca *mantener* la estabilidad del ordenamiento, el perdón *persigue* o intenta alcanzar esa estabilidad, que se encuentra amenazada o aún no instaurada, dependiendo del grado de combate o de guerra¹⁶⁶⁴.

32. En las grandes organizaciones criminales, el desvalor ético de la traición por parte del delator disminuye desde el momento en que no mantiene con el grupo los vínculos estrechos que construyen el deber de fidelidad. Por ello, recurrir a la venganza contra el traidor no constituye, para el grupo criminal, una reacción retributiva por la traición, sino una forma de prevención negativa imprescindible para su mantenimiento. Todo ello, en conjunto, reduce el rechazo moral al premio del Estado al delator.

33. El tipo penal de pertenencia a organización criminal se incorpora a todas las legislaciones del sistema latinogermánico en una relación simbiótica, en la cual el derecho de combate crea e integra el tipo penal de organización criminal y este autoriza el derecho de combate.

34. La tendencia de la dogmática latino-germánica ha sido incrementar el concepto de tipo penal, añadiéndole elementos que exceden ampliamente su idea original. En este contexto, se observa la *conflictividad* como antecedente del tipo, aunque no con el propósito de añadir un nuevo elemento, sino únicamente para examinar la estructura narrativa ya presente en él, la cual puede contribuir para fundamentar la lógica del premio al delator¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶³ Véase 7.8.

¹⁶⁶⁴ Véase 7.9.

¹⁶⁶⁵ Véase 8.5.

35. No es la acción ni el dolo lo que diferencia el tipo de una simple descripción de acción prohibida, sino el indicio de un conflicto que ha de solucionarse.

36. No habrá conflicto a partir del tipo cuando (i) no exista imputación, es decir, cuando no haya un personaje-agente; (ii) la acción sea socialmente adecuada, por lo tanto, no conflictiva; (iii) la acción esté justificada, debido a que el conflicto principal se encuentra fuera del tipo; (iv) la acción no sea culpable, dado que la pena carece de efecto sobre el agente y, por ende, no se presenta como una solución; o (v) la acción no sea punible, ya que la pena, otra vez, no resuelve el conflicto, bien porque no alcanza el núcleo conflictivo o porque genera un conflicto más intenso que el anterior¹⁶⁶⁶.

37. En el caso específico de la delación premiada, la punibilidad corrige la ruta de la solución conflictiva, redirigiéndola hacia la punición de otros miembros de la organización criminal.

38. El tipo penal de organización criminal resulta menos relevante por la acción que describe y el bien jurídico que protege, y más por su estructura: esta amplía tanto el tiempo como los agentes involucrados en la narrativa del conflicto. De este modo, no solo se aproxima a la apertura normativa del *common law*, sino que también transfiere la conflictividad hacia la organización criminal. Al hacerlo, se redefine el agente (del individuo al grupo) y se difiere el tiempo de resolución del conflicto. En consecuencia:

a) La interpersonalidad de la pena se justifica porque el criminal-delator deja de ser el agente conflictivo del tipo, por lo que la solución-pena debe dirigirse a otro miembro dentro del mismo agente colectivo. En el contexto del tipo como relato de un conflicto, *el individuo ya no es el agente; el agente es el ente colectivo de la organización*.

b) El desplazamiento temporal se legitima porque la resolución del conflicto ya no consiste en imponer una pena al delator, sino en aplicar una sanción que impacte en la organización criminal, es decir, la pena impuesta a los delatados¹⁶⁶⁷.

39. El tipo penal de organización criminal, en su precepto secundario (la sanción), aumenta el número de potenciales delatores, incluyendo a quienes no hayan cometido delitos distintos a la mera aproximación a un grupo criminal o incrementando la pena potencial de aquellos que pueden ser acusados de sus delitos individuales dentro de la organización. En este caso, la función de combate del tipo tiene una doble composición:

¹⁶⁶⁶ Véase 8.5.

¹⁶⁶⁷ Véanse 8.6 y 8.6.2.

incrementa el sumatorio de penas impuestas al delincuente, con todas sus consecuencias en prevención general; o, si el reo considera la delación, se emplea como moneda de cambio en el proceso de negociación, cuando la ley lo admita.

40. En cuanto al precepto primario, se puede observar que el tipo penal de organización criminal introduce una nueva estructura, permisiva de la flexibilización del derecho penal ordinario. Esto coincide con el doble desafío de la delación premiada que se ha planteado desde el inicio de esta monografía: la interpersonalidad y el traslado de la pena hacia el futuro¹⁶⁶⁸.

41. La noción del tiempo está inscrita en los tipos específicos de organización criminal, por lo que su conceptualización resulta útil en un momento hermenéutico. Sin embargo, la diferencia entre tiempo ontológico y tiempo percibido cobra mayor relevancia cuando se concibe el tipo como solución de conflicto.

42. La física newtoniana admitía el tiempo como absoluto, pero la teoría de la relatividad lo ha puesto en jaque, aunque con una aplicación bastante exigua para las acciones humanas cotidianas, tanto individuales como grupales. Todo el entramado teórico de la relatividad, de manera contrafáctica, redujo la noción del tiempo al "movimiento de las agujas del reloj". La idea de que la flecha del tiempo solo se mueva hacia adelante es una cuestión de entropía que, en este caso, sí interfiere en la visión de los conflictos: es por la alteración del estado de cosas que siempre se experimenta la anticipación del futuro. Esa anticipación es la *expectativa*, un elemento clave en el tiempo percibido¹⁶⁶⁹.

43. A partir de la entropía en Boltzmann, y desde el sentido narrativo que aquí se ha postulado, si se entiende el conflicto como una acción que altera un estado de probabilidad y lo convierte en un ápice de ataque a la aleatoriedad, el paso del tiempo se define por la tendencia a la disolución de ese conflicto¹⁶⁷⁰.

44. El tiempo percibido varía según la intensidad del conflicto, pero dicha intensidad presenta distintos niveles. El conflicto generado por la organización criminal es más amplio, y alcanzar su solución justifica un mayor tiempo ontológico. Simultáneamente, al estar alejado del conflicto individual, puede percibirse como menos

¹⁶⁶⁸ Véase 8.6.

¹⁶⁶⁹ Véase 8.6.1.

¹⁶⁷⁰ Véase 8.6.1.1.2.

urgente, lo que justifica el traslado de la pena-solución a un momento ontológicamente más distante.

45. La sanción por pertenencia a organización criminal castiga al individuo por acercarse al enemigo en una situación de combate declarado, pero ese acercamiento individual es un efecto, no una causa autónoma. El conflicto se origina en la existencia misma de la organización; como consecuencia, la condición de delator adquiere el significado de un alejamiento del enemigo, es decir, de ese grupo protagonista del conflicto del tipo penal disruptivo. En casos extremos, ese simple alejamiento justifica la reducción de la pena al delator. Así deben entenderse los casos en que se produce un *overload*, es decir, un exceso de delatores y de informaciones, hasta alcanzar un nivel en el que resulta imposible que alguno de ellos, individualmente, aporte una contribución relevante para desarticular la organización.

46. Lo que denominamos *combate* contiene el axioma según el cual se reconoce o impone que *el conflicto en una situación de guerra es mayor que el conflicto individual*, legitimando así que un fin meramente prometido como solución a la existencia de la organización criminal (aunque incierto o más distante en el tiempo ontológico) deba prevalecer sobre la aplicación integral de la pena al individuo delator. Este axioma, por su parte, implica considerar la delación como un sistema de excepcionalidad, que exige la identificación de su estado extraordinario¹⁶⁷¹.

47. Si hay un estado de combate graduable, desde el derecho ordinario hasta la guerra, el punto más importante para la legitimidad de la delación es que quien la aplica exponga de manera clara la existencia del estado de combate y su grado, considerando su entorno. Esto permite adentrarse en el campo de flexibilización de los valores ordinarios, a la vez que demuestra el elemento de excepcionalidad. En la notación sintética adoptada, se ha creado un coeficiente ΔC .

48. Hay una división ontológica, no artificial, entre las circunstancias valoradas en el derecho ordinario (α) y en el derecho de combate (β). Un ejemplo paradigmático es el grado de participación en la organización criminal. Una mirada desde el derecho ordinario valorará que el autor haya tenido una menor implicación en el grupo criminal, mientras que el derecho de combate buscará premiar a quien haya alcanzado una jerarquía más alta dentro de la organización. Son valores distintos para el mismo hecho.

¹⁶⁷¹ Véanse 8.7 y 8.8.

49. Para transformar elementos de la lógica informal en elementos sintéticos (formales), se pueden crear escalas de valores que son *arbitrarias*; es decir, permiten modificación de valores, siempre que se mantenga la proporción entre ellos. Su función es introducir, aunque artificialmente, escalas que se integren en una fórmula cuantificadora. Otras escalas no son arbitrarias, ya que están determinadas por la ley. También existen proporciones semi-arbitrarias (γ), observadas a partir de la comparación de los valores que la legislación establece tradicionalmente, pero que no están cuantificados. Estos valores abarcan desde el derecho ordinario hasta el derecho de combate, pasando por juicios cercanos a imperativos categóricos o valores personales (β), hasta aquellos de carácter puramente utilitarista (β). Aplicando estos criterios, todos previamente explicados, es posible alcanzar una notación sintética para la delación premiada, al menos en Iberoamérica:¹⁶⁷²

$$P_{\text{final}} = P - P_{\text{reducción}} \mid \Delta k_{\text{min}} \leq P_{\text{reducción}} \leq \Delta k_{\text{max}}$$

$$P_{\text{reducción}} = [\Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / \gamma] \text{ en } \Delta k$$

$$P_{\text{final}} = P - [\Delta C \cdot \beta + (1 - \Delta C) \cdot \alpha / \gamma]$$

50. Esa notación sintética sirve de guía para la fundamentación del premio al delator a partir de la realidad fenoménica, lo que solo puede articularse mediante el lenguaje natural. Se trata de lo que se denomina fundamentación analítica. Contrariamente a lo que podría sugerir la intuición común, cuanto más se avanza hacia un estado de excepcionalidad, más necesario se vuelve el razonamiento de la sentencia, con el fin de resolver las tensiones que el instituto presenta frente a los valores vigentes.

Tal razonamiento, guiado por la fórmula sintética, es lo que permite la incorporación del utilitarismo al sistema filosófico-penal, a la vez que la delación premiada se acopla a la estructura dogmática.

*

¹⁶⁷² Véanse 8.8.2 y 8.8.3, 8.8.4 y 8.9.2.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁZQUEZ, M. ¿Normativismo radical o normativismo moderado?. *Revista de Derecho Penal*, n. 1, 2006.

ABRAHAM, G. The protestant ethic and the spirit of utilitarianism. *Theory and Society*, v. 12, n. 6, p. 739-773, 1983.

ALBERTI, A. The Epicurean Theory of Law and Justice. In: LAKS, A.; SCHOFIELD, M. (eds). *Justice and Generosity, Studies in Hellenistic Social and Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ALCÁCER GUIRAO, R. Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, p. 177-226, 1999.

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

ALLEN, J. *Assault with a deadly weapon: The autobiography of a street criminal*. [s/l]: McGraw-Hill Companies, 1978.

ALONSO ÁLAMO, M. Manifestaciones del mal y el derecho penal: el mal de la pena y la maldad del autor. *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, BOE, [S/d], p. 41-58.

ALONSO ÁLAMO, M. *El sistema de circunstancias del delito: Estudio General*. Valladolid: Ediciones UVa, 1981.

ALONSO ÁLAMO, M. Determinación de la pena en atención a las circunstancias del delito. El alcance de la reforma a la luz de la ampliación del arbitrio judicial. *Revista de Ciencias Penales – Asociación Española de Ciencias Penales*, v. 1, n. 02, 1998.

ALONSO ÁLAMO, M. Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva. In: CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M.; FAKHOURI GÓMEZ, Y.; GUÉREZ TRICARICO, P.; RODRÍGUEZ HORCADO, D.; BASSO, G. J. (ed). *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. v. II. Madrid: UAM Ediciones, 2019.

ALONSO ÁLAMO, M. De la culpabilidad trágica a la tragedia de la culpabilidad. In: *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

ALONSO ÁLAMO, M. Delitos y penas crueles: lucha contra la crueldad y crueldad del Derecho penal. *Liber amicorum en homenaje a Julio Díaz-Maroto Villarejo* (UAM Ediciones), 2023.

ALSCHULER, A. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to plea bargaining system. *University of Chicago Law Review*, v. 30, n. 03. 1983. P. 933. De modo semelhante, Alsehuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining* (pt. 1), 76 COLUM. L. Rpv. 1059 (1976) Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 U. Cm. L. Rev. 50 (1968).

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. La Valoración del Derecho a guardar silencio en el Proceso Penal según la jurisprudencia nacional y Europea, *Revista de Estudios Europeos* N° extraordinario monográfico-1-2017- 46-64 ISSN: 2530-9854. Disponible en: <http://www.ree-uv.es>.
- AMBOS, K. El marco jurídico de la transición. In: *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- ANDREANO, R. L.; SIEGFRIED, J. J. *The economics of crime*. [s/l]: Schenkman, 1980.
- ANON. *Some Late Opinions Concerning the Foundation of Morality, Examined. In a Letter to a Friend*. London: R. Dodsley and M. Cooper, 1753.
- ARANTES, P. E. *Hegel: A ordem do tempo*. São Paulo: Hucitec, 2000.
- ARENAL, C. *Estudios Penitenciarios*. Madrid: Lib. de Victoriano Suárez, 1895.
- ARENDT, H. *The Life of Mind*. one-volume edition. Nova Iorque: Harcourt Brace & Company, 1978.
- ARENDT, H. *The life of the mind II – Willing*. San Diego: Harcourt Publishing, 1981.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad.: Com. Ed. BINI, E. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- ARMSTRONG, J.M., Epicurean Justice, *Phronesis* 42.3, pp. 324–334, 1997.
- AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Metodología de las ciencias penales*. Buenos Aires: BdeF, 2016.
- ARROYO ZAPATERO, L. Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Una contribución a Derecho y Literatura. In: QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (org). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Silva Sánchez*. Buenos Aires: IBdeF, 2017.
- ARROYO ZAPATERO, L. *As tres paixões das ciencias penais*, SP: Liberars, 2021.
- ASÚA BATARRITA, A. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: CEREZO MIR, J. et al. (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999.
- ASÚA BATARRITA, A., Atenuantes posdelictivas, conformidad procesal y revisiones premiales. La tensión entre pragmatismo utilitario y la fundamentación congruente, In: GÓMEZ TOMILLO, M.; et al. (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025
- AUGUSTYN, A. Prisoner's Dilemma. *Encyclopedia Britannica*, 2 Aug. 2024. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/prisoners-dilemma>.
- AUVERGNON, P. Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral. *Revista Derecho social y empresa*, n. 6, 2016.
- AVELINO FILHO, G. Cordialidade e civilidade em Raízes do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOCS, v. 5, n. 12, 1990.
- AYA SMITMANS, M. T. El Proceso de Paz en Colombia: dos pasos adelante, un paso atrás. *Estud. int. (Santiago, en línea)*, Santiago, v. 49, n. 187, 2017.
- AZEVEDO, N. *As garantias de liberdade individual em face das novas tendências penais*. 1936. Dissertação para inscrição em Livre-Docencia na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1936.
- BACIGALUPO, E. *Delito y Punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983.
- BAILEY, C. *The Greek Atomists and Epicurus*. New York: Russell & Russell, 1928.
- BAL, M. *Narratology*. Toronto: University of Toronto Press, 2017

- BALFOUR, J. *A Delineation of the Nature and Obligation of Morality, with Reflexions upon Mr. Hume's Book, intituled, An Inquiry concerning the Principles of Morals*. Bristol: Thoemmes Press, 1989.
- BALLARÍN IRIBARREN, J. La parábola de la Inmunidad Parlamentaria desde la Experiencia de la Comisión de Suplicatorios del Senado. *Revista de las Cortes Generales*, n. 103, Primer Cuatrimestre, 2018.
- BARJA DE QUIROGA, j. et alii, *Códigos Penales Españoles: recopilación y concordancias, volumen II*, Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2022.
- BARON, J. *El homicidio en los tiempos del Plan Colombia*. 2009. Tesis Doctoral – (Banco de la República de Colombia), [Bogotá], 2009.
- BATAILLON, M. *Estudios sobre Bartolomé de las Casas*. Barcelona: Ediciones Península, 1976.
- BATISTA, N. Notas Históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 113-133, jul./dez. 2004.
- BATTAGLINI, G. Gli elementi del reato nel nuovo codice penale. *Annali di Diritto e Procedura Penale*, v. 3, 1934.
- BAYERTZ, K. *Warum überhaupt moralisch sein?* Berlin: C.H. Beck, 2004.
- BAYLE, P. *The Dictionary Historical and Critical of Mr Peter Bayle*. 5 v. New York: Garland Publishing, 1984.
- BAZAN, V. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, v. 36, n. 108, p. 759-838, 2003.
- BEARE, M.; WOODIWISS, M.. U.S. Organized Crime Control Policies Exported Abroad. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BECHARA, A. E. L. S. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BECK, P., MARHER, M. W. A comparison of bribery and bidding in thin markets. *Economic Letters*, v. 20, 1986.
- BECKER, G.S. "Crime and Punishment: An Economic Approach." *Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, pp. 169–217, 1968
- BECKINGSALE, B. W. *The Church of England*. In: Thomas Cromwell. London: Palgrave Macmillan, 1978.
- BÉDARRIDE, J. *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*. Tomo I. Bruxelas: Meline, Cans & Cie, 1854.
- BEDAU, H. A. (ed.). *The death penalty in America*. Oxford University Press, 1998.
- BEDAU, H. A.; CASSELL, P. G. (ed.). *Debating the death penalty: Should America have capital punishment? The experts on both sides make their case*. Oxford University Press, 2005.
- BEKHTA, N. *We-Narratives: Collective Storytelling in Contemporary Fiction*. Ohio: The Ohio State University Press, 2020.
- BENTHAM, J. Teoria das Penas Legais. Trad.: M. Dumont. São Paulo: Logos, 1972.
- BENTHAM, J. *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*. ed. A. Goldworth, CW. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- BENTHAM, J. Anarchical fallacies and supply without burden. In: WALDRON, J. (ed.). *Non-sense upon Stilts*. London: Methuen, 1987.

- BENTHAM, J. *A Fragment on Government*. ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, with an introduction by R. Harrison. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- BENTHAM, J. *First Principles Preparatory to a Constitutional Code*. ed. P. Schofield. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- BENTHAM, J. *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*. ed. P. Schofield and J. Harris. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham (1838–1843)*. 11 v. ed. J. Bowring. Edinburgh: William Tait. Reproduced New York: Russell & Russell, 1962.
- BENTHAM, J. *Securities against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*, ed. P. Schofield. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- BENTHAM, J. *The Correspondence of Jeremy Bentham*. v. 10, 1820–1821. ed. S. Conway, CW. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. ed. F. Rosen. Oxford: Clarendon Press (revised edition of J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.). London: Athlone Press, 1970), 1996.
- BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, with a new introduction by F. Rosen, CW, Oxford: Clarendon Press, 1996.
- BENTHAM, J. *The Correspondence of Jeremy Bentham*. ed. C. Fuller, CW. v. 11, 1822-1824. Oxford: Clarendon Press, 2000.
- BENTHAM, J. *An introduction to the principles of moral and legislation*. New York: Burns and Hart-Oxford, 2005.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Garantizar que el delito no resulte provechoso” el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción. In: MARÍA SILVA, J. et al. (coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, p. 903-914, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. El conjunto normativo de las Dictaduras de los años 1970 y la justicia de Transición. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- BERGOGLIO, J. *El padrenuestro*. Barcelona: Centre de Pastoral Litúrgica, 2019.
- BERGSON, H. *Time and Free Will* (Essai sur les données immédiates de la conscience), London: George Alen and Company, [s/d]. Disponible en: <https://www.gutenberg.org>.
- BIERNACKI, P.; WALDORF, D. Snowball sampling: problems and techniques of chain referral sampling. *Sociological Methods & Research*, v. 10, n. 2, p. 141-163, 1981. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/004912418101000205>.
- BILBAO, F. *Discursos Masónicos* in: *Obras Completas*, Imprenta de Buenos Aires, 1865.
- BITTAR, W. B. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015.
- BITTENCOURT, E. de M. *Vítima*. 2. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1978.
- BJORVARN, K.; SOREIDE, T. Corruption and privatization. *European Journal of Political Economy*, v. 21, 2005.
- BLÁZQUEZ FERNANDES, N. *La pena de muerte según San Agustín*. Madrid: Editorial Augustinus Revista, 1975; Del mismo autor, se pueden consultar: BLÁZQUEZ, N. *Estado de derecho y pena de muerte*. Madrid: Noticias, 1989; BLÁZQUEZ, N. *Pena de muerte*. Madrid: San Pablo, 1994.
- BOFF, L. *Ecología: grito da terra, grito dos pobres*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

- BOLÍVAR, S. *Carta de Jamaica*, 1815. In: Carta de Jamaica 1815-2015, Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica. Caracas: Ed. Gobierno de Venezuela, 2015.
- BOLTZMANN, L. *Lectures on Gas Theory* (Original 1896, *Vorlesungen über Gastheorie*). New York: Dover Publications, 1995,
- BORGES, J. L. “Tres versiones de Judas”. In: *Obras completas*. Buenos Aires, Emecé, 2004.
- BORNSTEIN, G. A classification of games by player type. In: BIEL, A.; EEK, D.; GÄRLING, T.; GUSTAFSSON, M. (eds.). *New issues and paradigms in research on social dilemmas*. Boston: Springer, 2008
- BOTERO, D. El perdón: entre razón y no razón. In: CHAPARRO, A. (org.). *Cultura Política y Perdón*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007
- BOWEN, R. E. The weight of the continuous past: transitional (in)justice and impunity states in central americ. *Latin American Politics and Society*, v. 61, n. 1, p. 126-147, 2018.
- BRAITHWAITE, J. “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control.” *Michigan Law Review*, v. 80, n. 7, 1982.
- BRAITHWAITE, J.. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989
- BRAITHWAITE, J. *Restorative Justice & Responsive regulation*, NY: Oxford University Press, 2002.
- BRANDÃO, C. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.
- BRASWELL, M. et alii, Justice, Ethics and Peacemaking, in BRASWELL, M. et alii, *Justice, Crime and Ethics*, London: Routledge, 2023
- BREÑA, R. Los procesos independentistas de América Española. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- BRUNER, J. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Trad.: Mario Carpitella. Bari: Editori Laterza, 2002.
- BRYMAN, A. Introduction: A Review on Ethnography. In: BRYMAN, A. (Ed.). *Ethnography*. v. I. London: SAGE Publications, 2001.
- BRYMAN, A. *Social Research Methods*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BURKE, B. Anatolian Origins of the Gordian Knot Legend. In: *Greek, Roman, and Byzantine Studies* 42, p. 255–261, 2002.
- BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios penales y criminológicos*, n. 35, 2015.
- CABRERA, I. A.; ECHANDÍA CASTILLA, C. Retos institucionales y no institucionales para el partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC) en las elecciones legislativas de 2018. *Estudios Políticos* (Medellín), n. 56, 2019. DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n56a05>.
- CACCIAMALI, M. C. La Cepal: importancia y Limitaciones en el Desarrollo económico. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- CALDERÓN, G. O. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. *Revista Chilena De Derecho*, v. 46, n. 2, p. 451-475, 2019.
- CALIXTO, A. J.; CONCI, L. G. A. Pluralismo Jurídico e Justiça Indígena: Propostas para a nova Constituição Chilena. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 20, n. especial, p. 350-380, 2022.

- CAMARGO, A. L. C. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CAMPBELL, R. *The Luciano Project: The Secret Wartime Collaboration of the Mafia and the U.S. Navy*. New York: MW Books, 1977.
- CAMPOS, T. B. *Das Penas Privativas de Liberdade às Penas Alternativas*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 2. ed. Barcelona: Bosch Editor, 2001.
- CANCIO MELIÁ, M. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: BdeF, 2008.
- CAPALDI, N. *Hume's Place in Moral Philosophy*. New York: Peter Lang, 1992.
- CARDOSO, F. H.; FALETTO, E. "Dependência e desenvolvimento na América Latina". In: BELCHOWSKY, R. *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.
- CARDOSO, F. H.; FALETTO, E. *Dependência e desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- CARNELUTTI, F. *Metodología del derecho*. Trad.: Angel Ossorio. Caracas: UTEHA, 1962.
- CARRANZA, E. "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Ilanud, Anuario de Derechos Humanos*, 2012.
- CARRARA, F. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Parte Generale. v. I. 5. ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1877.
- CARVALHO, E. M. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CASARA, R. R. *El estado post-democrático* [Internet]. Tirant lo Blanch, 2018.
- CASTELLS, M. *A questão urbana*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- CATONINI, E.; STEPANOV, Sergey, *On the Optimality of Full Disclosure* (March 7, 2023), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4354456>
- CELS, M. B. Forgiveness in Late Medieval Sermons: On the Unforgiving Servant. *Medieval Sermon Studies*, v. 62, n. 1, p. 42–60, 2018.
- CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Institucionalidad social en América Latina y el Caribe: eje central para avanzar hacia un desarrollo social inclusivo (LC/CDS.5/3)*, Santiago, 2023.
- CEPS (Centre for European Policies Studies), *Anti-Money Laundering in the EU: Time to get serious*, Brussels, 2021, p. 5, disponible en: https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2021/01/TFR_Anti-Money-Laundering-in-the-EU.pdf.
- CEREZO MIR, J. *Derecho Penal: Parte General. Obras Completas*, t. I, Lima (Peru): Ara Editorial, 2006 PG
- CEREZO MIR, J. *Derecho Penal: Parte General*, São Paulo: Ara/RT, 2007
- CHACON ABARCA, C.; CALERO JARAMILLO, E. Estados Plurinacionales: El caso de la Justicia Indígena. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025
- CHACÓN MEJÍA, C., RAMÍREZ CHAPARRO, M. Desigualdad en América Latina, contrastes entre el coeficiente de Gini y el índice de Palma. *CONOCIMIENTO GLOBAL* 2020.

- CHALFIN, A. and McCRARY, J.. 2017. "Criminal Deterrence: A Review of the Literature." *Journal of Economic Literature* 55 (1): 5–48, 2017
- CHAPARRO AMAYA, A. *Ética y Pragmática del Ser Enemigo*. In: CHAPARRO, A. (org.). *Cultura Política y Perdón*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007
- CHARDON, O.-J. *Traité du dol et de la fraude*, en matière civile et commerciale. Tomo I. Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1838.
- CHAVES PEÑA, E. M. La acción Penal privada y su implementación en Colombia. *Revista Vialjuris*, n. 14, ene-junio 2013.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El patrimonio criminal*. Comiso y pérdida de la ganancia. Madrid: Dykinson, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El delito de estafa*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2009.
- CHOMSKY, N. *El análisis formal de los lenguajes Naturales*. Madrid: Alberto Corazón, 1972.
- CHOW, T.Y. "The Surprise Examination or Unexpected Hanging Paradox,". *American Mathematical Monthly*, v. 105, January 1998.
- CICERO. *De Finibus Bonorum et Malorum*. ed. H. Rackham. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- CIPOLLINI, C. *Lucky Luciano: Mysterious Tales of a Gangland Legend*. New York: Strategic Media Books (Kindle), 2014.
- CLALS WORKING PAPER SERIES | NO. 30, By InSight Crime and American University's Center for Latin American & Latino Studies, Wahsington, D.C, December 2020.
- CLARK, D. "How Unexpected is the Unexpected Hanging?" *Mathematics Magazine*, v. 67, February 1994.
- CLARK, M. Drag Them: A brief etymology of so-called "cancel culture". *Communication and the Public*, v. 5, n. 3/4, 2020.
- CLAY, D. *Lucretius and Epicurus*, Ithaca and London: Cornell University Press. Cohen, M. (1960) 'Berlin and the Liberal Tradition' *Philosophical Quarterly*, n. 10, 1983.
- COBO DEL ROSAL, M. La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español. *Estudios penales y criminológicos*, n. 6, 1981-1982.
- COBO DEL ROSAL, M. *Prologo a: QUINTANAR DÍEZ, La justicia penal y los denominados 'arrepentidos'*. Madrid: Edersa, 1996.
- COELHO, M. P. *Ensaio sobre a tipicidade penal objetiva em um sistema teleológico racional*. 2006. Tesis doctoral – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [São Paulo], 2006.
- COHN SHERBOOK, D. *Breve Enciclopedia del Judaísmo*. Madrid: Istmo, 2003
- COLOMBAROLI, A. C. de M. *O medo do crime e seus reflexos na produção legislativa em matéria criminal na América Latina: um estudo das justificações dos projetos de lei no Brasil e no Chile entre os anos de 1980 e 2020*. Tesis doctoral – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.
- COOPER, A. A. 3rd Earl of Shaftesbury (1999) *Characteristicks of Men, Manners, Opinions, Times*. 2 v. ed. P. Ayres. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- CORNMAN, J.; LEHRER, K. *Philosophical Problems and Arguments: An Introduction*. 2. ed. New York: Macmillan, 1974.
- CRENZEL, E. "Argentina's national commission on the disappearance of persons: contributions to transitional justice". *International Journal of Transitional Justice* (2), 2008.
- CREUS, C. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

- DAHM, O. S. "Análisis de la obra: La ética protestante y el espíritu del capitalismo de Max Weber." *Revista de Sociología*, n. 1, 1986.
- DARLEY, J. M. Morality in the Law: the psychological foundations of citizens' desires to punish transgressions. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, 2009.
- DARWALL, S. *The Cambridge Companion to Hume*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- DE JARA, M. C. R. *Between the guerrillas and the state: The cocalero movement, citizenship and identity in the Colombian Amazon*. [Boston]: Harvard University, 2001.
- DEL MAR VIDAL, M. El paternalismo industrial en el régimen franquista: La colonia industrial Ciudad Pegaso en Madrid. *Sociología del Trabajo*, n. 65, 2009.
- DEL ROSAL BLASCO, B. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 11-08, 2009.
- DEL TUFO, V. *Profili critici della vittima-dommatica*. Comportamento della vittma e delitto di truffa. Napoli: Jovene Editore, 1990.
- DEMETRIO CRESPO, E. *Del Derecho penal liberal al derecho penal del Enemigo*, Serta in Memorian Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- DeVALVE, M. GOLD, M., *Utilitarian, Deontological na Virtue Ethics*, in BRASWELL, M. et alii, *Justice, Crime and Ethics*, London: Routledge, 2023
- DEWITT, N. W. *Epicurus and his Philosophy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954.
- DIAS, J. de F. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DÍAZ CORTÉS, L. M. Algunas consideraciones sobre el castigo. Una perspectiva desde la sociología. *Derecho Penal y Criminología*, v. 28, n. 83, 2007.
- DIAZ-MAROTO VILLAREJO, J. "Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»". *Diario La Ley*, n. 4132, de 27 de septiembre de 1996.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad.: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n.7-1, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal español. In: SILVA SÁNCHEZ et al. (Coord.). *Estudios de Derecho Penal*. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Buenos Aires: BdeF, 2017.
- DINWIDDY, J. *Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy*. ed. W. Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- DIXON, H. Surfing Economics. Chapt. 6. *Oligopoly Theory Made Simple*, Springer Link, 2001.
- DONNA, E. A. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo II - B. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001.
- DORADO MONTERO, P. *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana. Primera parte: el Derecho Penal*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación, 1891.
- DORADO MONTERO, P. *El derecho y sus sacerdotes*. Madrid: Imprenta de la revista de legislación, 1909.
- DORADO MONTERO, P. *La Psicología criminal en nuestro derecho legislado*. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1910.

- DORADO MONTERO, P. *El derecho protector de los Criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915.
- DREISBACH, D. L. *The Bible in the Political Rhetoric of the American Founding*. In: *Politics and Religion* 4, n. 3, p. 401–27, 2011.
- DRIPPS, D. A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 17, 1998.
- DRUZHNIKOV, Y. *Informer 001: the myth of Pavlik Morozov*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2013.
- DURÁN MIGLIARDI, M. La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Rev. Derecho*, Valdivia, v. 29, n. 1, jun. 2016.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978. p. 40.
- EINSTEIN, A. Zur Elektrodynamik bewegter Körper. *Annalen Der Physik*, v. 322, p. 891-921, 1905.
- ELLIOTT, K. A. (Org.). *Corruption and Global Economy*. Washington DC: Institut for International Economics, 1997.
- EPICURUS. *Epicurus, The Extant Remains*. Trad.: C. Bailey. Oxford: Clarendon Press.
- ESLAVA, M.; MELÉNDEZ, M.; TENJO, L.; URDANETA, N. Business Size, Development, and Inequality in Latin America: A Tale of One Tail. Policy Research Working Paper; 10584, 2023.
- EVERETT, D. L. Cultural constraints on grammar and cognition in Pirahã: Another look at the design features of human language. *Current Anthropology*, N. 46(4), 2005.
- EWING, A. C. *The Morality of Punishment, with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*. London: Kegan Paul, 1926.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FAORO, R. *Os donos do Poder*. v. 2. São Paulo: Publifolha, 2002.
- FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- FARALDO CABANA, P. Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la administración de Justicia. In: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coord.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarro: Editorial Aranzadi, 2001.
- FEINBERG, J. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. New York: Cambridge University Press, 1984.
- FERNANDES, F. A. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001
- FERNANDES, F. *A função social da guerra na sociedade tupinambá (1920-1995)*. São Paulo: Globo, 2006.
- FERNANDES, F. *A integração do Negro na Sociedade de Classes*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2021.
- FERNÁNDEZ, G. *El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal*, De las Penas: Libro-Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires: De Palma, 1997.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do Garantismo penal*, SP: RT, 2006

FERRÉ OLIVÉ, J. C. Punibilidad y proceso penal. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 15, 2010.

FIJNAUT, C. European Union Organized Crime Control Policies. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FTAF/Onu, *National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment FATF guidance*, 2013. Disponible en < https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/National_ML_TF_Risk_Assessment.pdf>.

FLETCHER, G. P. The Place of Victims in the Theory of Retribution. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1., 1999.

FLORES MUÑOZ, D. Análisis sociopolítico de los orígenes, desarrollos y modelos de la justicia transicional. *Revista Jurídica Mario Alario D'filippo*, v. 14, n. 27, p. 104-120, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3811>.

FOSTER, D.; YOUNG, P. *On the impossibility of predicting the behavior of rational agents*, <https://doi.org/10.1073/pnas.211534898>, on pnas.org

FRAGOSO, H. C. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961

FRANKLIN, B. Advice to a young tradesman, *George Fisher: The American Instructor: or Young Man's Best Companion.... The Ninth Edition Revised and Corrected*, Philadelphia: Printed by B. Franklin and D. Hall, at the New-Printing-Office, in Market-Street, 1748.

FRANKLIN, B. *Necessary Hints to those that Would be Rich*, Printed at the private Press of Joseph Y. Jeanes jr. at the Two lions, 1919.

FREEMAN, James B. Informal Logic, Vol. 36, No. 3 (2016), pp. 395-426, in; WOODS John., *Errors of Reasoning, Naturalizing the Logic of Inferences* London: College Publications, 2013. Pp. xvii, 1-572

FRIEDMAN, L., *Total Justice*, NY: Russel Sage Foundation, 1994.

FRISCH, W. Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, *Indret* 3/2007.

FRISCH, W. Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels. In: COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, S. (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009.

FRISCH, W. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*, n. 3, 2014.

FRISCH, W. Franz von Liszt – Obra e Influencia, *Indret*, 2/2017.

GALAIN PALERMO, P. La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución, UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 3, n. 6, 2011.

GALAIN PALERMO, P. Aspectos Criminológicos de la Guerra contra las Drogas. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org.) *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.

GALÁN MUÑOZ, A.; NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de La Empresa*. 5ª Edición Actualizada y Revisada, 2023.

GARCÍA AMADO, J. A. Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001.

GARCÍA AMADO, J. A. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. Trad.: F. Riche. In: *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCÍA MORENTE, M. *Fundamentos de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1967.

GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el derecho penal*. Navarro: Editorial Aranzadi, 1997.

- GARCÍA PÉREZ, O. Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXIX, 2019.
- GARCÍA SERRANO, F.; SALTOS, V. *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. Quito: FLACSO, Ecuador, 2002.
- GARCÍA-HERNÁNDEZ, Benjamín. Sinonimia y diferencia de significado. *Revista española de lingüística*, v. 27, n. 1, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *La asociación para delinquir*. Tesis doctoral. Madrid: Facultad de Derecho de Madrid - Universidad Complutense, 1975,
- GARDNER, M. *The Colossal Book of Mathematics*. NY: W.W. Norton Company, 2001
- GARLAND, D.. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- GARLAND, D. *Castigo y Sociedad Moderna un estudio de la teoría social*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2006
- GARÓFALO, R. *La criminología*. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Trad.: Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2005.
- GARRAUD, R. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Tomo I. 2. ed. Paris: Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898.
- GARRETT, B. L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014.
- GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal*. Parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- GASSENDI, P. *Three Discourses of Happiness, Virtue, and Liberty. Collected from the Works of the Learn'd Gassendi, By Monsieur Bernier*. London: Awnsham and John Churchill, 1699.
- GAWERC, M. I. "Truth commissions in the established democracies of the global north: theoretical and practical perspectives". *Sociology Compass*, v. 18, n. 2. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/soc4.13183>.
- GEERAERTS, D. Classical definability and the monosemic bias. In: *Words and Other Wonders*. Berlin: De Gruyter Mouton, 2009.
- GIBSON, J. L. Overcoming apartheid: can truth reconcile a divided nation? *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 603, n. 1, 2006.
- GILBERT, M. Emotion, argumentation and informal logic. *Informal Logic* , v. 24, n. 3, p. 245-264, 2004.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *El exilio de Jiménez de Asúa*. In: Estudios de Derecho Penal, Madrid: Civitas, 1990.
- GINER-ALEGRÍA, C. A.; MORENTE-GARCÍA, R. "Organización criminal como tipo penal idóneo en la lucha contra la delincuencia organizada en España". *Revista Científica General José María Córdova*, n. 40, 2022.
- GINÉS DE SEPÚLVEDA, J. *Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas*, in: Obras Completas XV, Pozoblanco, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010.
- GLENNY, M. *O dono do morro. Um homem e a batalha pelo Rio*. Trad.: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- GODDEN, D. Logics for non-logical argumentation. *Informal Logic*, v. 42, n. 3, 2022.
- GOFFMAN, E. *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*, Simon and Schuster, 2009.

GOLDMAN, H.S. Rawls and Utilitarianism, Blocker & Smith, *John Rawls' Theory of Social Justice*. Ohio University Press, 1980

GOMEZ DE LA SERNA, P.; MONTALBAN, J. M. Elementos del Derecho Penal de España. Madrid: Librería de Sánchez, Calle de Carretas, 1849.

GÓMEZ SANCHEZ, G. I. "Justicia transicional “desde abajo”: un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana". *Co-Herencia*, v. 10, n. 19, p. 137-166, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Libertad de expresión y teoría de la codelincuencia*. Granada: Comares, 1998

GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*. Valladolid: SPU, 1999

GÓMEZ TOMILLO, M. (org.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Madrid: Thomson Reuters, 2015

GOMEZ TOMILLO, M. Compliance y Política Legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, M. Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de las sociedades que operan en los mercados: Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas. Navarra: Aranzadi, 2019.

GÓMEZ TOMILLO, M. Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial Consideración en la Jurisprudencia del TEDH, *Revista InDret* 2.2020.

GÓMEZ TOMILLO, M.; SANZ RUBIALES, Í. *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*. 5. Ed. Madrid: Aranzadi, 2023.

GÓMEZ, G. I. "Las disputas por la jurisdicción especial para la paz (jep): una reflexión crítica sobre su sentido político y jurídico". *Vniversitas*, 69, p. 1-16, 2020. <https://doi.org/10.11144/javeriana.vj69.djep>.

GÖSSEL, K.-H. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, 2007.

GÖSSEL, K. H. Réplica al derecho penal del enemigo: sobre individuos y personas del derecho. *Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales*, Buenos Aires, 2013.

GOVIER, T. *A practical study of argument*. Wadsworth: Cengage Learning, 2013.

GOVINDAN, S. Wilson, Refinements of Nash Equilibrium. In: *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan, 2018.

GOYAL, P.; PANDEY, S.; JAIN, K. *Deep Learning for Natural Language Processing*. Apress, 2018.

GRACIA MARTÍN, L. *El horizonte del finalismo y del Derecho penal del enemigo*". Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GRAVES, R. *The Greek Myths*. NY: Penguin, 1960.

GRECO, L. *A ilha de Kant*. In: GRECO, L.; MARTINS, A. *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, L. Conveniencia e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito penal. *RBCCrim*, n. 95, 2012.

- GRINOVER, A. P.; *et al.* *Juizados Especiais Criminais*: comentários à lei 9.099/95. São Paulo: RT, 2005.
- GRISWOLD, C. L. *Forgiveness*: a philosophical exploration. NY: Cambridge University Press, 2007.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo III. Burgos: Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1874.
- GROTIUS, H. *De Jure Belli et Pacis*. 3 v. Trad.: W. Whewell. Cambridge: Cambridge University Press.
- GUEMATCHA, E. "Genocide against indigenous peoples: the experiences of the truth commissions of Canada and Guatemala". *International Indigenous Policy Journal*, v. 10, n. 2, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.18584/iipj.2019.10.2.6>.
- GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J. J.; WISTRICH, A. J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, v. 93, 2007.
- GUZMAN DALBORA, J. L. Sentido de la pena y reparación. *Polít. crim.* [online], v. 12, n. 24 2017, p. 1044-1065. Disponible en: <http://www.scielo.cl>
- HAAKONSEN, K. *The Science of a Legislator*: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- HAGAN, F. El, *Introduction to Criminal Justice Research Methods*: Theory and Method. Edinburgh: Pearson House, 2018.
- HAIDT, J. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, 2001.
- HALL, J. LEVENDIS, J.; and SCARTIOFOLLO, A. R., "The Efficient Corruption Hypothesis and the Dynamics between Economic Freedom, Corruption, and National Income" (2019). Economics Faculty Working Papers Series. 38, 2019
- HARRISON, R. *Bentham*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984.
- HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- HART, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- HARTMANN, N. *Ethics I: Moral Phenomena*. Trad.: Stanton Coit. Londres: George Allwen & Unwid ltd, 1958.
- HARTMANN, N. *Ethics III: Moral Freedom*. Trad.: Stanton Coit. Londres: George Allwen & Unwid ltd, 1960.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad.: Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HASSEMER, W. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 43, 1990.
- HEDERIA SORIANO, A. *El Krausismo Español*. [Madrid]: [Edicusa], [1975]. Disponible en: <http://www.ensayistas.org/critica/generales/krausismo/introd.htm>.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1968.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad.: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del Espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- HELVÉTIUS, C. A. *De l'esprit*. ed. J. Moutaux. Paris: Fayard, 1988.

HENDERSON, J. *Víctima de la globalización*. La historia de cómo el narcotráfico destruyó a Colombia. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010.

HERMAN, D. *Story Logic: Problems and Possibilities of Narrative*. Nebraska: University of Nebraska Press, 2002

HERSHEY JR., R. Daniel Kahneman, Who Plumbed the Psychology of Economics, Dies at 90. *The New York Times*, [New York], 27 mar. 2024. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2024/03/27/business/daniel-kahneman-dead.html>

HIBBERT, C. *The roots of evil*. A social history of crime and punishment. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2003.

HIGUERA GUIMERÁ, J.-F. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. In: CERESO MIR, J. et al. (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999.

HILLENKAMP, T. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? Eine Zwischenbilanz zur „viktimologischen Maxime“ als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 129, 2017.

HIRSCH, H. J. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*. Trad.: M. Bacigalupo. In: *RBCCrim*, n. 43, abr.-jul. 2003.

HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A. How to Research Organized Crime. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HOBBSAWM, E. *Bandidos*. Trad.: Donaldson M. Garschagen. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

HOFFMAN, B. *Inside terrorism*. New York: Columbia University Press, 2006.

HOLMES, R. The THES University Rankings: Are They Really World Class?, *Asian Journal of University Education*, v. 2, n. 1, p. 1-14, 2006.

HOOKE, B. *Ideal Code, Real World*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

HORACE. *Satires*. Traducción: P.M. Brown. Warminster: Aris and Phillips, 1993.

HÖSLE, V. *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade*. São Paulo: Loyola, 2008.

HOWARD, J. *State of prison in England and Wales*, Temple Press – JM Dent and sons, 1929 (publicado originalmente en 1777) <https://doi.org/10.2307/25010818>

HUMBOLDT, W. von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad.: Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

HUME, D. *The Letters of David Hume*. 2 v. ed. J.Y.T. Greig. Oxford: Clarendon Press, 1932.

HUME, D. *A Treatise of Human Nature*. ed. L.A. Selby-Bigge. rev. P.H. Niddich. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1978.

HUME, D. *Essays, Moral, Political and Literary*. ed. E.F. Miller. Indianapolis: Liberty Classics, 1985. Danford, 1990.

HUME, D. *An Enquiry concerning the Principles of Morals*. ed. T. Beauchamp. Oxford: Clarendon Press, 1998.

HUNGRIA, N. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: Est. Graphico, 1932.

HUNGRIA, N. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945.

HURTADO POZO, J. *La ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú*. Lima: Centro de Estudios en Derecho y Sociedad, 1979.

- HUSAK, D. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- HYLAND, K.; TSE, P. Is there an “academic vocabulary”? *TESOL Quarterly*, v. 41, n. 2, 2007.
- IMPALLOMENI, G. B. *Della frode punibile*. Palermo: Stabilimento Tipografico Virzi, 1880.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *La dudosa legitimación de la figura del lelincente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal*, (2005) www.datadiar.com, 31-01-05,
- IGLESIAS RÍO, M. A., Ejercicio de la potestad de la gracia y postulados del Estado de Derecho, In: : GÓMEZ TOMILLO, M.; et al. (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025.
- INGHAM, S. "Pareto-optimality." *Encyclopedia Britannica*, 28 Aug. 2024. Disponible en: <https://www.britannica.com/money/Pareto-optimality>.
- ISHOLA, M. H. Fighting corruption: an expectation augmented approach. *Humanomics*, v. 28, n. 02, p. 133-147, 2012, p. 135. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/08288661211228898>.
- JACOBS, J.; WYMAN, E. D. Organized Crime Control in the United States of America. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- JAKOBS, G. *El principio de Culpabilidad*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, En-abr, 1992.
- JAKOBS, G. *Derecho penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, G. *Comportamiento evitable y sistema del derecho penal*. In: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997.
- JAKOBS, G. Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico, in en *Estudios de derecho penal*. Trad.: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.
- JAKOBS, G. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas UAM, 1997.
- JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Trad.: Cancio Meliá y Feijóo Sanchez. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, ano V, n. 9-A, 1999.
- JAKOBS, G.. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.
- JAKOBS, G. *La omisión: estado de la cuestión*. Trad.: J. Sanchez Vera. In: *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000.
- JAKOBS, G. *¿Cómo protege el Derecho Penal y que es lo que protege?* Mendonza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- JAKOBS, G. *Teoría y Praxis de la Injerencia*. Trad. M. Cancio Meliá. Madrid: ADPCP, Tomo LII, 2002.
- JAKOBS, G. *Culpabilidad en Derecho Penal: dos cuestiones fundamentales*. Trad.: Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- JAKOBS, G. *El principio de la culpabilidad*, in: Culpabilidad en Derecho Penal. Trad.: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad.: Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, G. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

JAKOBS, G. *Actuar y omitir*, in: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara Editorial, 2005.

JAKOBS, G. *La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal*, in: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara Editorial, 2005.

JAKOBS, G. *Terroristen als Personen im Recht?* In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 117, 4. 2006

JAKOBS, G. ¿Derecho penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*. v. 2. Madrid: Edisofer, 2006.

JAKOBS, G. *Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, Trad. M. Polaino Orts, in: El derecho penal ante las sociedades modernas: dos estudios de dogmática penal y política criminal, Lima: Grijley, 2007.

JAKOBS, G. *El Delito Imprudente*, in: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n. 4 e 5, p.31 (Texto original de 1979, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, Trad. Cancio Meliá). También publicado en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas.

JAVATO MARTÍN, A.M. El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. núm. 19-26, 2017

JAVATO MARTÍN, A. M. Rebelión y terrorismo. A propósito de las acciones de *Tsunami democràtic* y los CDR vinculadas al *Procès*. In: GALÁN MUÑOZ, A, GÓMEZ RIVERO, C., (coords.) *La represión y persecución del discurso terrorista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022

JAVATO MARTÍN, A. M. Estado de Derecho, reformas penales y delitos contra el orden público. In: RODRÍGUEZ MOLINA, A. (coord.). *Reformas Penales y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

JESCHECK, H.-H. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. *Eguzkilore: zientzia kriminologikoen aldizkari elektronikoa: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 9, 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Psicoanálisis Criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1947.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Losada, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La ley y el delito*, Buenos Aires: Ed. Hermes, 1954.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. v. 3. Buenos Aires: Losada, reedición 1992.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Crónica del Crimen*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 1994.

JONES, H. *Pierre Gassendi 1592–1655: An Intellectual Biography*. Nieuwkoop: B. De Graaf, 1981.

JURAFSKY, D.; MARTIN, J. H. *Speech and Language Processing*. 2. ed. Pearson, 2009.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

KAMINER, D.; STEIN, D. J.; MBANGA, I.; ZUNGU-DIRWAYI, N. The truth and reconciliation commission in South Africa: relation to psychiatric status and forgiveness among survivors of human rights abuses. *The British Journal of Psychiatry*, v. 178, n. 4, 2001.

KANT, I. *The metaphysics of morals*. Trad.: Mary Gregor. NY: Cambridge University Press, 1797.

- KANT, I. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 1961.
- KANT, I. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Trad.: H.J Paton. New York: Harper & Row, 1964.
- KANT, I. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad.: Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- KAUFMANN, A. *Filosofia do direito*. Trad.: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KAUFMANN, D. "Corruption: The Facts." *Foreign Policy*, no. 107, 1997, pp. 114–31. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1149337>. Accessed 30 Apr. 2024, p. 114. Leff, en 1964, escribe el conocido trabajo "Enomic Development Through Bureaucratic corruption". (251)
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KILCHLING, M. Finance-Oriented Strategies of Organized Crime Control. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- KISSINGER, H. *Diplomacy*. NY: Simon & Schuster, 1994.
- KLEEMANS, E. R. Theoretical Perspectives on Organized Crime. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- KLIMENKO, A. Y. The direction of time and Boltzmann's time hypothesis. *Physica Scripta*, v. 94, n. 3, 2019.
- KOMORITA, S. S.; CHERTKOFF, J. A bargaining theory of coalition formation. *Psychological review*, v. 80, n. 3, 1973.
- KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- KREPS, D. *Nash Equilibrium*. In: EATWELL, J.; MILGATE, M.; NEWMAN, P. (eds). *Game Theory*. The New Palgrave. London: Palgrave Macmillan, 1989.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de cultura económica, 2019.
- KÜNG, H. *El judaísmo: Pasado, presente, futuro (Das Judentum)*. Madrid: Trotta, 2013.
- KUNTER, N. Reato e illecito civile. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, v. I, n. 2, 1952.
- KURT BAYERTZ. *Warum überhaupt moralisch sein?* Berlin: C. H. Beck, 2004.
- LA SPINA, A. The Fight Against the Italian Mafia. In: PAOLI, Letizia (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- LAMBERT, D. A. *How repentance became biblical: judaism, christianity and the interpretation of scripture*. New York, Oxford University Press, 2016.
- LANGBEIN, J. H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, 1978.
- LANZA, P. *Trattato teorico pratico di diritto penale*. Parte I: Filosofia del diritto penale. Bologna: Libreria Treves, 1895.
- LAPESA MELGAR, R. "La colocación del calificativo atributivo en español". En Homenaje a la memoria de Don Antonio Rodríguez Moñino: 1910-1975. Madrid: Castalia, 1975.
- LAS CASAS, B de. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, septiembre-diciembre de 1998.

2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (sobre los límites de la amnistía), *Revista digital de la maestría en ciencias penales-UCR*, número 5, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., GASCÓN INCHAUSTI, F., ¿Por qué se conforman los inocentes? Indret, 3/2018, Barcelona, julio de 2018.

LAUFER, W. S. *Corporate Bodies and Guilty Minds: the Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 2006.

LAURENT, F. *Principes de Droit Civil*. Tomo XX. 3. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cia, Libraires-Éditeurs, 1878.

LAWLER, E. J.; YOUNGS JR, G. A. Coalition formation: An integrative model. *Sociometry*, 1975.

LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Cia das Letra, 2002.

LEE, J. W. Pilate and que Crucifixion of Jesus in Luke-Acts, in: *Luke Acts and Empire, Essays in Honour of Robert L Brawley*. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2011.

LEFEBVRE, H. *O fenômeno urbano: sentido e finalidade da industrialização*. São Paulo: Editora Documentos, 1969.

LEIGH, D. J. *Forgiveness, Pity, and Ultimacy in Ancient Greek Culture. Ultimate Reality and Meaning*, v. 27, n. 2, p. 152-161, 2004, p. 154. Disponible en: <https://utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/uram.27.2.152>.

LEITER, B. American Legal Realism. *University of Texas Law*. Public Law Research Paper, n. 42, 2002

LESSA, F. Operation Condor on Trial: Justice for Transnational Human Rights Crimes in South America. *Journal of Latin American Studies* 51, n. 2, p. 409–39, 2019. <https://doi.org/10.1017/S0022216X18000767>.

LESSA, P. *O determinismo psychico e a Imputabilidade e Responsabilidade Criminaes*. São Paulo: Tipographia Duprat & Cia, 2017.

LEYTON-BROWN, K.; SHOHAM, Y. *Essentials of Game Theory*. NY: Borgan & Claypool, 2008, p. 04.

LEYTON-BROWN, K.; SHOHAM, Y. *Multiagent Systems: Algorithmic, Game-Theoretic, and Logical Foundation*. Cambridge: Cambridge Press, 2009.

LIND, D. Logic, Intuition, and the Positivist Legacy of H.L.A. Hart. *SMU Law Review*, v. 52, 1999.

LINK, G. (ed.). *One Hundred Years of Russell's Paradox*. Berlin and New York: Walter de Gruyter, 2004.

LINS E HORTA, R. de. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre Justiça*. n.2, 2014.

LINS E HORTA, R. de; COSTA, A. A. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *Revista Opinião Jurídica*, n. 20, 2017.

LITTLE, L. E. Adjudication and Emotion. *Florida Coastal Law Journal*, v. III, 2002.

LLEWELLYN, J. , Truth comissions and restorative justice, in: JOHNSTONE, G. and. Van Ness, D., *Handbook of restorative justice*, Devon: Willian Publishing, 2009

- LLEWELYN, K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, 1930, p. 431-465.
- LLEWELLYN, K. N. Some realism about realism. Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, 1930.
- LOCKE, J. *Essays on the Law of Nature*. ed. W. von Leyden. Oxford: Clarendon Press, 1954.
- LOCKE, J. *Political Essays*. ed. M. Goldie. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, Fondo de Cultura de México, 2013
- LOMNITZ, C. *Para una teología política del crimen organizado*. México: Alacena, 2023.
- LONG, D. “Utility” and the “Utility Principle”: Hume, Smith, Bentham, Mill’. *Utilitas*, v. 2, p. 12–39, 1990.
- LOPEZ HIDALGO, S.; TAPIA TAPIA, S. Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 52, ago. 2022.
- LÓPEZ POZA, S. Empresas o divisas de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón (los Reyes Católicos). *Janus: estudios sobre el Siglo de Oro*, n. 01, 2012.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995.
- LUHMANN, N. *Organización y Decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 1997.
- LUHMANN, N. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA, C. (org.). *Teoría de Sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.
- LUHMANN, N. Introducción a la teoría de sistemas, (texto 12, Comunicación), Torres Nafarrate (org.), Barcelona: Antropos, 2006.
- LUI, F. T. An equilibrium queuing model of bribery. *Journal of Political Economy*, v. 93, 1985.
- LUZÓN PEÑA, D. M., La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 1, p. 21-34, 1993.
- LYRA, R. Novas Escolas penaes. 1936. Dissertação apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro para Cátedra de Direito Penal, 1936.
- MAALOK, S., Utilitarianism, Social Justice, and the Trolley Problem: An Ethical Theory without Egalitarian Morality, In: *Journal of Social & Organizational Matters*, vol 3, n 02, 2024
- MAAS, P. *The Valachi Papers*. New York: Harper Collins Publisher, 2003 [orig. 1968].
- MACRI JÚNIOR, J. R. *O engano típico no estelionato*. Tesis doctoral. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2022.
- MALINOWSKI, B. *Crime and custom in savage society*. An anthropological study of savagery. London: Kegan Paulo, Trench, Trubner & Co., 1940.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.
- MARÍAS, J. *História da Filosofia*. 7. ed. Porto: Edições Souza e Almeida, [s/d].
- MARQUES, O. H. D. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S. *Direito penal*. Lições fundamentais. Parte geral. 6. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad*, Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al

- profesor Antonio Beristain / Enrique Echeburúa Odriozola (comp.), José Luis de la Cuesta Arzamendi (comp.), Iñaki Dendaluze Seguro (comp.), Antonio Beristain Ipiña (hom.), 1989
- MARZOCCO, V. El realismo jurídico americano: perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas. *Derechos y Libertades*, n. 39, p.157-176, 2018.
- MATA Y MARTÍN, R. La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villajar y otros episodio. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, v. LXXIII, 2020.
- MATEUS RUGELES, A.; MARTÍNEZ VARGAS, J.-R. Aproximacion al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional. *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá, v. 11, n. 2, jul./Dec. 2009.
- MATURANA ROMESÍN, H.; VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos – Autopoiesis - La organización de lo vivo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1994.
- MATURANA ROMESÍN, H., *Veinte años después*, prefacio a la quinta edición de MATURANA ROMESÍN, H., VARELA GARCÍA, F. *De máquinas y seres vivos – Autopoiesis- La organización de lo vivo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1994.
- MEDINA, J. *Suma Qamaña. Por una convivialidad postindustrial.*: Garza Azul Editores, 2006
- MEJÍA, D. Plan Colombia: an analysis of effectiveness and costs. *Center for 21st Century Security and Intelligence-Latin America Initiative*, 2016.
- MENDONZA BUERGO, B. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p.69-70.
- MENÉNDEZ PIDAL, F. Tanto Monta: el escudo de los reyes católicos. In: *Isabel la Católica, vista desde la Academia*. Taravilla: Real Academia de la Historia, 2005.
- MESA, R. *La Idea Colonial en España*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1936.
- MEZGER, E. *Strafrecht: ein Lehrbuch*. Munique: Duncker & Humbolt, 1949.
- MEZGER, E. *Die Straftat als Ganzes*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. v. LVII, 1938.
- MILL, J. S. *Essays on Ethics, Religion and Society*. ed. J.M. Robson, CWM. v. 10, Toronto: University of Toronto Press, 1969.
- MILL, J. S. *On Liberty* (1859), in J. M. Robson (ed.) *Collected Works of John Stuart Mill*, Vols. XVIII–XIX: *Essays on Politics and Society* (pp. 213–310). Toronto: University of Toronto Press, 1977.
- MILL, J. S. *Essays on Philosophy and the Classics*, ed. J.M. Robson, CWM, volume 11, Toronto: University of Toronto Press, 1978.
- MILL, J. S. *Autobiography*. New York: Penguin Books, 1989.
- MILL, J. S. *Journals and Debating Speeches*. 2 v. ed. J.M. Robson, CWM. Toronto: University of Toronto Press, 1998.
- MINGARDI, G. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.
- MINGERS, J.; LEYDESDORFF, N. A review of theory and practice in scientometrics. *European Journal of Operational Research*, v. 246, n. 1, p. 1-19, 2015, ISSN 0377-2217.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal – Parte General*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- MIR PUIG, S. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal, in: *Estudios en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.
- MIR PUIG, S. *Los límites del Normativismo en Derecho Penal*, in: Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005.

- MOLINA FERNÁNDEZ, F. *La Cuadratura del Dolo: Problemas Irresolubles, Sorites y Derecho Penal*. 1. ed. Universidad del Externado, 2007.
- MOLINA FERNANDEZ, F. *El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela*, en *El indulto: pasado, presente y futuro*. Madrid: IBdeF, 2019.
- MOLIVAS, G. 'Natural Rights and Liberty: A Critical Examination of Some Late Eighteenth-Century Debates in English Political Thought'. Unpublished Ph.D thesis, University of London (UCL), 1994.
- MOMOH, Z. Political economy of public choice and corruption. *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention*, v. 09, n. 11, p. 2349-2031, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.18535/ijsshi/v9i011.02>.
- MONROY CABRA, M. G. El perdón jurídico a la luz de la Constitución Colombiana y del Derecho Internacional. In: CHAPARRO, A. (org.). *Cultura Política y Perdón*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- MONTEFIORE, C. G. Rabbinic concept of repentance. *The Jewish Quarterly Review*, v. 16, n. 2, p. 209-257, 1904.
- MONTES, P. J. *Derecho Penal Español*. v. I. San Lorenzo del Escorial: Imprenta del Real Monasterio, 1929.
- MOORE, G. E. *Principia ethica*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- MOORE, J. Hume and Hutcheson. In: STEWART, M. A.; WRIGHT, J. P. (eds). *Hume and Hume's Connexions*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1994.
- MOORE, J. Natural Law and the Pyrrhonian Controversy. In: JONES, P. (ed.). *Philosophy and Science in the Scottish Enlightenment*. Edinburgh: John Donald, 1988.
- MOORE, J. Hutcheson's Theodicy: The Argument and the Contexts of A System of Moral Philosophy. In: WOOD, P. (ed.). *The Scottish Enlightenment: Essays in Reinterpretation*. Rochester: University of Rochester Press, 2000.
- MOORE, M. S. Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 1999.
- MOORE, M. S. *Closet Retributivism*. In: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MOORE, M. S. *The Moral Worth of Retribution*. In: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MORENO HERNÁNDEZ, M. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. *Revista Criminalia*, México, v. 68, n. 3, 2001.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- MOUNCE, H. O. *Hume's Naturalism*. London and New York: Routledge, 1999.
- MOURA, B. O normativismo jurídico penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? *RBCCrim*, v. 90, maio-junho/ 2011.
- MUNARETTO, L. "Der vorbehalt des möglichen", 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.1628/978-3-16-161745-4>.
- MUÑOZ CONDE, F. Jiménez de Asúa y la Ciencia del Derecho. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luís Jiménez de Asúa*, Madrid, n. 11, jun 1986.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*. Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

- NACHBAR, J. Learning in Games. *Complex Social and Behavioral Systems - Encyclopedia of Complexity and Systems Science Series*, New York, p. 485-498, 21 ago. 2020. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-0716-0368-0_307.
- NAGY, R. Reconciliation in Post-Commission South Africa: Thick and Thin Accounts of Solidarity. *Canadian Journal of Political Science*, v. 35, n. 2, 2002.
- NAGY, R. Violence, Amnesty and Transitional Law: 'Private' Acts and 'Public' Truth in South Africa. *African Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, 2004.
- NAGY, R. Can Reconciliation be Compelled? Transnational Advocacy and the Indigenous-Canada Relationship” *Peace and Change: A Journal of Peace Research*, v. 42, n. 3, 2017.
- NAUCKE, W. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. *Principales Problemas de la Prevención General*. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2004.
- NEIRA PENA, A.M. Editorial para el dossier “Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales”: Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, v. 9, n. 2, p. 503-544, mai.-ago. 2023.
- NEUMANN, J.; MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953.
- NEWARK, T. *Mafia Allies: The True Story of America's Secret Alliance with the Mob in World War II*. Saint Paul: Zenith Press, 2007.
- NEWMAN, J. Cain's repentance. *European Judaism: A Journal for the New Europe*, v. 13, n. 1, 1979.
- NEYRA KAPPLER, S. I. Á. de. La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea. *Revista de Estudios Europeos*, n. extra 1, 2017.
- NG, E. No grand pronouncements here...: Reflections on cancel culture and digital media participation. *Television & New Media*. v. 21, n. 6, 2020.
- NICEFORO, A. *La transformación del delito en la sociedad moderna*. Trad. C. Bernaldo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902.
- NICHOLS JR, J. *Epicurean Political Philosophy, the De rerum natura of Lucretius*. Ithaca: Cornell University Press, 1976.
- NIETZSCHE, F. *Zur Genealogie der Moral*. Leipzig: Alfred Kröner Verlag, 1930.
- NIETZSCHE, F. *Epistolario*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.
- NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- NIETZSCHE, F. *Ocaso de los ídolos*. Trad.: J. Luís Labata. Madrid: Mestas, 2008.
- NIETZSCHE, F. *Así habló Zaratustra*. Trad.: Juan Bergua, Madrid: Esfera de los Libros, 2011.
- NIETZSCHE, F. *Ecce Homo*. Madrid: Edimat, 2011.
- NORTON, D. F. (ed.). *The Cambridge Companion to Hume*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- NOTARISTEFANI, R. de. *Ancora la frode punibile*. Roma: Tipografia Nazionale di G. Bertero, 1897.
- NUCCI, G. de S. Análise da personalidade do réu na aplicação da pena. In: *Boletim IBCCrim*, n. 153, ago- 2005.
- NUSSBAUM, M. *Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice*. New York: Oxford University Press, 2016.

- NYBERG, T. International commission against impunity in guatemala: a non-traditional transitional justice effort. *Revue Québécoise De Droit International*, v. 28, n. 1, p. 157-184, 2020.
- O'MALLEY, P. *Jeremy Bentham*. In: Fifty Key Thinkers in Criminology. NY: Routledge, 2010.
- OLÁSOLO, H. *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos*. Tirant lo Blanch, 1 maio 2017. Disponible en: <<https://biblioteca-tirant-com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/info/9788491438755>>
- OLIVEIRA, A. S. S. de. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ONECA, J. A. *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles* (orig. 1960). In: Obras I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000.
- O'ROURKE, C. "Feminist scholarship in transitional justice: a de-politicising impulse?", *Women S Studies International Forum*, n. 51, p. 118-127, 2015.
- ORTEGA Y GASSET, J. *Kant*. Madrid: Revista de Occidente, 1936.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. *La teoría de los elementos negativos del tipo: una invención jurídico-penal?*, Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid: Edisofer, 2008.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, 2525-510X.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. *Los delatores en el proceso penal: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- ORWELL, G. *Politics and the English Language*, in *Why I write*. London: Penguin Books, 1984 (orig. 1946).
- OSBORNE, M. J.; RUBINSTEIN, A. *A Course in Game Theory*. Cambridge: MIT Press, 1994.
- PALACIOS HUERTA, I. Professionals Play Minima. *Review of Economics Studies*, v. 70, p. 395-415, 2003.
- PALMA, J. G.; STIGLITZ, J. Do Nations Just Get the Inequality They Deserve? The "Palma Ratio" Re-examined. In: BASU, K., STIGLITZ, J.E. (eds). *Inequality and Growth: Patterns and Policy*. International Economics Association. London: Palgrave Macmillan, 2016.
- PAOLI, L.; VANDER BEKEN, T. Organized Crime. A Contested Concept. In: PAOLI, L. (Ed.). *Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- PAPINEAU, D.. *Naturalism*. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), 2020. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/entries/naturalism/>
- PAWLIK, M. *Ciudadanía y derecho penal*. fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Barcelona: Atelier, 2016.
- PEÑA, C.; NIÑO GONZÁLEZ, C. A.; PALMA ÁLVAREZ, D. A.; RODRÍGUEZ BARRAGÁN, C.; BUITRAGO PINZÓN, J. E.; VALENCIA GAITÁN, J.; TAMAYO, A. et al. *Fenomenología y transformación del discurso de las FARC para la estrategia y el poder: la transformación discursiva de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)*. 2019. DOI: <https://doi.org/10.25062/9789585625273>.
- PEREIRA, P. H. R. Derecho y Raza en Latinoamérica: las cuestiones de esclavitud africana. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- PERELLO DOMENECH, I. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. In: Jueces para la Democracia, n. 28, 1997.

- PESSAGNO, R. G.; BERNARDI, H. *Temas de Historia Penal*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953.
- PETRO, G. El perdón es solidaridad. In: CHAPARRO, A. (org.). *Cultura Política y Perdón*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- PETROCELLI, B. Reato e punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. 3, v. 3, 1960.
- PETROCELLI, B. Reexame dos elementos do crime. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 8, v. 2, 1965.
- PHILO. *On flight and fiding*. Traducción: F. Colson. v. V. New York: Loeb Classical Library - Harvard University Press, 1988, item 157.
- PIETH, M. International cooperation to combat corruption. In: ELLIOTT, K. A. (Org.). *Corruption and Global Economy*. Washington DC: Institut for International Economics, 1997.
- PINTO, F. de L. da C. Ilícito e punibilidade no crime de participação em rixa. In: ANDRADE, M. da C. et al. (Coord.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PINZÓN CAICEDO, J. "Justicia premial en Colombia: una mirada crítica al razonamiento judicial". *Repositorio Institucional - Pontificia Universidad Javeriana*. Pontificia Universidad Javeriana. 2022.
- POGREBINSCHI, T. *Innovating Democracy?: The Means and Ends of Citizen Participation in Latin America* (Elements in Politics and Society in Latin America). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108690010, 2023.
- POLAINO NAVARRETE, M. Sistema de penas y medidas de seguridad en el pensamiento de Jiménez de Asúa. *Revista de La facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. extra 11, p. 547-556, jun. 1986.
- POLAINO ORTS, M. *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Lima; Grijley, 2009.
- POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. The optimal tradeoff between the probability and magnitude of fines, *The American Economic Review*, v. 69, n. 5, p. 880-891, 1979.
- POSNER, R. A. Utilitarianism, economics, and legal theory. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 1, 1979.
- POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, 9th Edition, 2014.
- POSSAS, M. T. O problema da inovação na teoria da prevenção geral positiva. *RBCCrim*, n. 56, set.-out. 2005.
- POSTEMA, G. J. Introduction. In: POSTEMA, G. J. (ed.). *Jeremy Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*. v. I, p. xi-xxxi. Aldershot: Dartmouth, 2002.
- POSTEMA, G. J. "Bentham's utilitarianism.". In: WEST, H. R. (ed.). *Utilitarianism*. Blackwell Publishing, 2006.
- POZUELO PÉREZ, L. La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [Madrid], n. 22, 2020. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>.
- PREBISCH, R. *Capitalismo periférico: crisis y transformación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.
- PRESSLY, L. The largest foreign bribery case in history. *BBC World Service*, [s/l], 21 abr. 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/business-43825294>. Acceso: 02 abr 2021.
- PRIESTLEY, J. *A free discussion of the doctrines of materialism and Philosophical Necessity, in a Correspondence between Dr. Price, and Dr. Priestley*. London: J. Johnson and T. Cadell, 1778.

- PRIETO NAVARRO, E. La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta. In: GÓMEZ-JARA, D.; et. al. *Teoría de Sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.
- PROANO TAMAYO, D. S.; COKA FLORES, D. F.; LUCERO SALCEDO, V. H. Aplicación de la justicia indígena dentro de la Comunidad Kichwa Otavalo. *Dilemas contemp. educ. política valores*, Toluca de Lerdo, v. 9, n. 1, 2021.
- QUEVEDO, F. de. *Política de Dios, gobierno de Cristo*. Madrid: Imprenta La Rafa, 1930.
- QUIJANO, A. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2014.
- QUINTANAR DÍEZ, M. *La justicia penal y los denominados 'arrepentidos'*. Madrid: Edersa, 1996.
- RAAB, S. *Five families: the rise, decline and resurgence of America's most powerful Mafia Empires*. New York: T. Dunne Books, 2016.
- RABITTI, M. Illiceità penale e illiceità civile. In: FLAMINI, A.; RUGGIERI, L. (Org.). *Contratto e reato*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014.
- RADBRUCH, G.; GWINNER, H. *Historia de la criminalidad*. Ensayo de una Criminología histórica. Trad. Rodrigo Tech de Huidobro. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.
- RADETICH, N. *Cappitalismo: La uberización del trabajo*. [s/l]: Siglo XXI Editores México, 2023.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. A. Estrategias político criminales en la persecución y sanción de la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en ese ámbito. In: CALLEGARI, A. L. (org.). *Crime Organizado*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. A. La criminalidad organizada en Latinoamérica sus rasgos esenciales. In: RODRÍGUEZ, V. G. (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- RAMON Y CAJAL, S. Prologo. In: MAESTRE, T. *Introducción al Estudio de la Psicología Positiva*. Madrid: Bailly-Bailliere, 1904.
- RATZINGER, J. *Jesús de Nazaret*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2007
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
- REALE JR., M. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- REALE JR., M. Instituições de Direito Penal: Parte geral. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REALE JR. M., Valores fundamentais da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, SP, v. 24, n.75, p. 78-82,
- RECASENS SICHES, L. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Mexico: Porrúa, 1963.
- REICHENBACH, H. The Direction of Time. Berkeley: University of California Press, 1971,
- REINARES NESTARES, F. ¿Negociar con terroristas?. *Claves de razón práctica*, n. 71, p. 38-43, 1997.
- RICOEUR, P. *The art of narrative*. v. 3. Chicago: University of Chicago, 1988.
- RICOEUR, P. *Finitud y Culpabilidad*. Madrid: Trotta Editorial, 2011.
- RICOEUR, P. The human experience of time and narrative. *Research in phenomenology*, v. 9, 1979.

RIEDEL, M., *A perspective on stranger violence*, in: LAUFER, W.S. (Ed.), *The criminology of criminal law*, New Brunswick (USA): Transaction Publishers, 2013.

RÍOS, J. Dinámicas de la violencia guerrillera en Colombia. *Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 3, 2016a.

RÍOS, J. El Acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC: o cuando una paz imperfecta es mejor que una guerra perfecta, Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 19, n. 38, 2017.

RIVERS, I. *Reason, Grace, and Sentiment: A Study of the Language of Religion and Ethics in England, 1660–1780, Volume II, Shaftesbury to Hume*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ROCABADO, F. G. Coccaleros en el gobierno: un enfoque crítico sobre el complejo coca-cocaína en la Bolivia del siglo XXI. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, v. 20, n. 4, 2008.

ROCHA, F. A. N. G. da. *Direito Penal*. Curso Completo, Parte Geral, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODGERS, D.; BAIRD, A. Understanding gangs in contemporary Latin America. In: DECKER, S. H.; PYROOZ, D. C. (comp.). *The Handbook of Gangs*. Oxford: Wiley, 2015.

RODRIGUES, R. N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1932 (primeira edição em 1894).

RODRIGUES, R. N. *Os africanos no Brasil*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934.

RODRIGUES, R. N. *As colectividades Anormas*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1939.

RODRÍGUEZ, V. G. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRÍGUEZ, V. G. Del agente encubierto en la legislación latino-americana: límites éticos y cambios inevitables. In: RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (Org.). *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI*. 1. ed. Bogotá: Temis obras jurídicas, 2018.

RODRÍGUEZ, V. G. *Livre Arbitrio e Direito Penal: revisão frente aos aportes das neurociências e à evolução dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

RODRÍGUEZ, V. G. *Delación Premiada: límites ético al Estado*. Bogotá: Temis, 2019.

RODRÍGUEZ, V. G. Tres modelos legislativos de Delación Premiada en Latinoamérica: las soluciones de Colombia, Brasil y Argentina y la conformidad con los principios fundamentales de los derechos internos. In: *Nuevas Fronteras del Derecho Penal Global: libro homenaje a Ferré Olivé*. Bogotá: Temis, 2019.

RODRÍGUEZ, V. G. Nuevas tendencias del perdón en Derecho penal: utilitarismo, justicia y concreción de la paz. *Anuario de Filosofía del Derecho*, BOE, p. 215-250, 2022.

RODRÍGUEZ, V. G.; GOMES, A. C. La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 188, ano 30, p. 337-397. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.

RODRÍGUEZ, V. G. *Correccionalismo y no-repetición: el papel de las neurociencias en un derecho penal sin dolor*. In: DEMETRIO CRESPO, E (org). *Derecho Penal y Comportamiento Humano*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

RODRÍGUEZ, V. G. *Correccionalismo y no-repetición: el papel de las neurociencias en un derecho penal sin dolor*. In: DEMETRIO CRESPO, E (org). *Derecho Penal y Comportamiento Humano*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2023.

- RODRÍGUEZ, V. G. *Argumentación Jurídica: texto, razonamiento y lógica informal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- RODRÍGUEZ, V. G. Hacia un concepto de Latinoamérica. In: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- RODRÍGUEZ, V. G. Inteligencia Artificial y autopoiesis: ‘machine culture’ como baremo de la culpabilidad. In: GÓMEZ TOMILLO, M. *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- RODRÍGUEZ, V. G.; ESCOBAR, M. E.; CHRISTOFOLETTI, C. Manifestaciones de la corrupción público-privada asociada al crimen organizado transnacional en América Latina. *El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina*, Parte II (Tomo 28). Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- RODRÍGUEZ DONÍS, M. *Gassendi y la Filosofía de Epicuro*, in: Fragmentos de Filosofía, num 5, 2007.
- RODRÍGUEZ FLORES, M. I. *El perdón en Castilla*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra: Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Los Whistleblowers y su protección legal en Portugal: del law in books al Law in Action a partir de la ley 93/2021. In: *Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n. 10, 2024.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., SOUZA, R.M. *Justicia Negociada y personas jurídicas: La ‘modernización’ de los sistemas penales en clave norteamericana*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. El fomento europeo de los alertantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa, *La Ley - compliance penal*, 16, 2024.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. *Notas de Derecho español al Tratado de Derecho Español*, MEZGER, E. (trad. Rodríguez Muñoz), Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.
- ROLLER, L. E. Midas and the Gordian Knot. *Classical Antiquity*, v. 03, n. 02, p. 256-271, 1984. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/25010818>.
- ROSEN, F. *Classical utilitarianism from Hume to Mill*. [s/l]: Routledge, 2005.
- ROSENBERG, A. *Philosophy of Science: A contemporary introduction*. 3. ed. New York: Routledge, 2012.
- ROSS, W. D. *The Right and the Good*. Oxford: Oxford University Press, 1930.
- ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad.: Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi.
- ROXIN, C. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Trad.: Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.
- ROXIN, C. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, C. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Auflage, Munique: C.H. Beck Verlag, 2006.

- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General* – t. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría de Delito. Trad. Luzón Peña. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- ROXIN, C., GRECO, L. *Direito Penal: Parte geral*, Tomo I Fundamentos, SP: Marcial Pons, 2024.
- RUHL, C. *On Monosemy*. New York: State of New York University Press, 1989.
- RUSCHEINSKY, A.; BALTZAR, E. N. Los desplazamientos forzados como riesgos sociales asociados a las condiciones de la violencia política en Colombia. *Sociologias*, n. 34, 2013.
- SÁ, A. A. de. A reintegração social dos encarcerados: construção de um diálogo em meio às contradições. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun 2011.
- SAAD DINIZ, E., *O sentido operacional dos conceitos de pessoa e inimigo no Direito penal*, Tesis Doctoral, USP, 2010
- SAAD DINIZ, E. *Inimigo e Pessoa no Direito Penal*. São Paulo: Liberars, 2012.
- SÁEZ GEOFFROY, A. *Política, estrategia y pensamiento militar bajo los Antoninos*. 2007. Tesis (Doctoral) - Universitat de Barcelona, [Barcelona], 2007.
- SALGADO, A. B. B.; MACRI JÚNIOR, J. R. Terrorismo: perspectivas políticas e psicanalíticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 149, 2018.
- SALGADO, H. Geopolítica de las Drogas Ilícitas en América Latina. In: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel (org). *Manual de Estudios Latinoamericanos: Handbook to Latin American Studies*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.
- SALVADOR NETTO, A.V., *Direito penal e propriedade privada*, SP: Atlas, 2014.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. El coimputado que colabora con la Justicia penal (con atención a las Reformas introducidas en la Regulación españolas por las leyes 7 y 15/2003). *Revista electrónica de Ciencias penales*, n. 7, 2005.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano*. In: CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer, 2006.
- SAND, P. *The client princes of the roman empire under de republic*. New York: Arno Press, 1975.
- SANTOS, B. S. *Justicia entre saberes: epistemologías del Sur contra el Epistemicidio*. Madrid: Ediciones Morata, 2014.
- SANTOS, J. C. dos. *Direito penal*. Parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- SANTOS, M. *A Natureza do Espaço*. SP: Edusp, 2009.
- SANTOS, M. O. T. dos. *Colaboración con la justicia en el sistema penal español: principio de oportunidad, justicia premial y negociada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- SANZ MORÁN, A. Las circunstancias del delito: apunte sobre alguna cuestión suscitada en el debate más reciente. In: GÓMEZ TOMILLO, M.; et al. (org.). *Liber Amicorum a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2025.
- SARAKINSKY, I. F. W. *de Klerk crosses the Rubicon: the politics of negotiation in South Africa*. Capital & Class, [S/I], n. 3, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/030981689004200101>.
- SARASOHN, L. *Gassendi's Ethics, Freedom in a Mechanistic Universe*. Ithaca: Cornell University Press, 1996.
- SCARRE, G. 'Epicurus as a Forerunner of Utilitarianism', *Utilitas*, n. 6, p. 219–31, 1994.
- SCARRE, G. *Utilitarianism*, London: Routledge, 1996.
- SCHIMMEL, S. *Wounds not healed by time: the power of repentance and forgiveness*. NY: Oxford University Press, 2002.

- SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, in. ADPCP, en-abril 1996.
- SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. ADPCP, [Munique], p. 187-218, abr. 1996.
- SCHÜNEMANN, B. *Temas actuales de Derecho Penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SCHÜNEMANN, B. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n.44, 2003.
- SCHÜNEMANN, B. The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 7, n. 2, 2004.
- SCHÜNEMANN, B. *Aporías de la teoría de la pena en la filosofía*, in: Obras, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009.
- SEIDMAN, L. M. Factual Guilt and the Burger Court: An Examination of Continuity and Change in Criminal Procedure. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 3, 1980.
- SEIDMAN, L. M. Soldiers, martyrs, and criminals: Utilitarian theory and the problem of crime control. *The Yale Law Journal*, v. 94, n. 2, p. 315-349, 1984.
- SELIGSON, M. A. The impact of corruption on regime legitimacy: a comparative study of four latin american countries. *The Journal of Politics*, v. 64, n. 2, p. 408-433, 2002. <https://doi.org/10.1111/1468-2508.00132>.
- SÉNECA. *Sobre la Clemencia*. Trad.: Carmen Codoñer. Madrid: Alianza, 2018.
- SERRANO, O. y JIMÉNEZ, E. Reflexión sobre los componentes judiciales de los procesos de paz con el m-19 y las farc-ep. *Revista Temas*, v. 10, p. 0-197, 2016. <https://doi.org/10.15332/rt.v0i10.1617>
- SERTILLANGES, A. G. *The intellectual life: in spirit, conditions, methods*. Washington: CUA Press, 1998.
- SESSKIN, K. *The Cambridge Guide to Jewish History, Religion and Culture*. New York: Cambridge University Press, 1994.
- SHAW, C. R. *The Jack-Roller: a delinquent boy's own story*. Chicago: The University of Chicago Press, 1966.
- SHAW, W. H. Contemporary criticisms of utilitarianism: A response. In: WEST, H. R. (ed.). *Utilitarianism*. [s/l]: Blackwell Publishing, 2006.
- SHECAIRA, S.S, *Criminologia*, SP: RT, 2008.
- SHERMAN, L. W. *The Study of Ethics in Criminology and Criminal Justice*. Chicago: Joint Commission on Criminology and Criminal Justice Education and Standards, 1981.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimo-dogmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, 2001, p. 164.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.. La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito? In: CANCIO MELIÁ, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos de organización*. Buenos Aires: IBdeF, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Derecho penal: parte general*, Madrid: Civitas, 2025
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Malum Passionis: mitigar a Dor do Direito Penal*. Trad.: Regina Fortes. Belo Horizonte: D'Placido, 2023.
- SILVA, M. A. de C.; CAMPOS, P. H. P.; COSTA, A. A Volkswagen e a ditadura: a colaboração da montadora alemã com a repressão aos trabalhadores durante o regime civil-militar brasileiro. *Revista Brasileira de História*, v. 42, p. 141-164, 2022.
- SILVEIRA, R. de M. J. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.
- SILVEIRA, R. de M. J. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SIMÕES, L. A. *As cadeias de produção agrárias e a colonialidade: uma análise da regulação da escravidão na produção de café em Brasil e Colômbia a partir dos projetos de modernização no campo entre 1850 e 2020*. Tesis (Doctoral) - Prolam Universidad de São Paulo, [Ribeirão Preto], 2022.
- SINGER, Wolf, *Experiencia propia...*cit. p. r5-16 (212)
- SMART, J. J. C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B. *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge University Press, 1973.
- SMITH, G. "Newton's *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/newton-principia/>>
- SOLER, J. A. Diálogo de saberes: justicia indígena del Cauca y justicia ordinaria, un intercambio cultural posible. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, v. 21, n. 33, 2019.
- SOLER, S. *Fe en el Derecho*. Buenos Aires: Topográfica Editora Argentina, 1956.
- SOTO RODRÍGUEZ, M. L. El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal. *Diario La Ley*, n. 7856, de 11 de mayo de 2012.
- SOUTH AFRICA. Bill of Rights. In: *Disability Rights Education & Defense Fund*. Constitution of the Republic of South Africa, 1993. Available at: <https://dredf.org/south-africa-constitution-bill-of-rights/>.
- SPINK, J. S. *French Free-Thought from Gassendi to Voltaire*. London: Athlone Press, 1960.
- STEWART, J. *The Moral and Political Philosophy of David Hume*. New York and London: Columbia University Press, 1963.
- SUMNER, L. W. Welfare, happiness, and pleasure. In: POSTEMA, G. J. (ed.). *Jeremy Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*. v. 1. Aldershot: Dartmouth, 2002.
- SUNSTEIN, C. Moral Heuristics. *The Law School the University of Chicago*. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 180. 2003.
- SUTHERLAND, E. H. *The professional thief*. Annotated and Interpreted by Edwin H. Sutherland. Chicago: The University of Chicago Press, 1937.
- SUTHERLAND, E. H. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Trad.: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.
- TAYLOR, C. C.W. 'Democritus'. In: ROWE, C.; SCHOFIELD, M. (edi.). *Greek and Roman Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- TEITEL, R. G. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Humang Rights Journal*, v. 16, 2003.
- THOMAS DE AQUINO. *Suma de Teología, III*. Qu.48 a.4. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.

- TIJMS, S. *Chance, Logic and Intuition: An Introduction to the Counter-Intuitive Logic of Chance*, Singapore: World Scientific, 2021
- TOBIAS, J. J. *Crime and industrial society in the nineteenth century*. Harmondsworth: Penguins Books, 1967.
- TOCQUEVILLE, A. *Memoir on Pauperism*. Trad.: S. Descher. London: Institute of Economic Affairs, 1997.
- TODOROV, T. The 2 principles of narrative. *Diacritics*, v. 1, n. 1, 1971.
- TODOROV, T. *As estruturas narrativas*. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad. *Indret* 4, 2024.
- TORÍO LOPEZ, A. El concepto individual de culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 38, n. 02, 1985.
- TÓRÍO LÓPEZ, A. El sustrato antropológico de las teorías penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense – Estudios en Homenaje a Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986.
- TORÍO LOPEZ, Á. Indicaciones Metódicas sobre el Concepto Material de Culpabilidad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 3, 1988.
- TORÍO LÓPEZ, Á. Elementos teleológicos y científicos en el tipo del injusto. In: *El nuevo derecho Penal Español - Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*. Madrid: Aranzadi, 2001, p. 820.
- TREJOS ROSERO, L. F. AL DE UNA ORGANIZACIÓN INSURGENTE COLOMBIANA EL ejército popular de liberación (epl). De china a cuba vía albania. *Investig. Desarro.*, Barranquilla, v. 21, n. 2, 1999.
- TREVIÑO-RANGEL, J. "El pasado autoritario de la justicia transicional mexicana". *Latin American Research Review*, v. 58, n. 3, 2022. Disponible em: <https://doi.org/10.1017/lar.2022.67>.
- TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION. Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report. Ciudad del Cabo: Juta, 1998. 5 v. Disponible en: <https://www.justice.gov.za/report/>.
- TUTU, D. M. *No future without forgiveness*. London: Random House, 1999.
- ULATE CHACÓN, E. *La competencia de los Tribunales Internacionales y tutela de derechos humanos en los procesos de integración regional*, in: Derecho Penal y Constitución: Libro Homenaje a Paulino Mora, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2014.
- URKOLA IRIARTE, M. ¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013. *Revista Vasca de Administración Pública/ Herri-Arduralaritzarako Euskal Aldizkaria*. 2935-2984, 2014.
- VALENCIA GRAJALES, J. F.; MARÍN GALEANO, M. S. Elementos que describen una dictadura en América Latina, v. 8, n. 11, ene-jun 2016, p. 43-56. I ISSN: 2027-2391 I DVD: 2344-7125 I .
- VANDEKERCKHOVE, W., FOTAKI, M., KENNY, K., Humantito, I. J., & OZDEMIR, D. D. Effective speak-up arrangements for whistleblowers: A multi-case study on the role of responsiveness, trust and culture. 2016.
- VAUGHAN, Frederick. *The Tradition of Political Hedonism from Hobbes to J.S. Mill*, New York: Fordham University Press, 1982.
- VEILLETTE, C. and Foreign Affairs, Defense, and Trade Division. *Plan Colombia: A progress report*. Congressional Information Service. [Washington, D.C.]: Library of Congress, 2005.

- VIEIRA, A. *Arte de furtar*. Amsterdam: 1744. Disponible <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000409029>>. Acceso 22 mayo 2021.
- VILLAS BOAS FILHO, O. A sociologia do Direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, 2010.
- VITORIA, F. de. *Relectio De Iure Belli o Paz Dinamica*. Ed. Bilingüe. Madrid: Escuela Española de La paz, 1981
- VON HENTIG, H. Remarks on the Interaction of Perpetrator and Victim. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 31, 1940.
- VON LISZT, F. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Edeval, 1994.
- VV.AA, Grupo de Estudios de Política Criminal: jueces para la democracia, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- WADE, I. O. *The Intellectual Origins of the French Enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1971.
- WALDRON, J. (ed.) *Nonsense upon Stilts*. London: Methuen, 1987.
- WALZER, M.. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. NY: Basic Books, 1977.
- WARMKE, B. Articulate Forgiveness and Normative Constraints. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 45, n. 4, p. 1-25, 2015.
- WEATHERSPOON, J. B. The Spirit of Forgiveness. *Review & Expositor*, v. 41, n. 4, 1944, p. 361-371.
- WEBER, M. *La ética protestante y el “espíritu” del capitalismo*. Traducción, nota preliminar y glosario: Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- WELZEL, H. Reflexiones sobre el libre albedrío. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 26, n. 2, 1973, p. 222 (texto original en el FS a Engisch, 1969).
- WELZEL, H. *Introducción a la filosofía del derecho*. Traducción: Felipe González Vincen. Madri: Aguilar, 1974.
- WETTSTEIN, H. Forgiveness and Moral Reckoning. *Philosophia*, v. 38, n. 3, 2010, 445-455.
- WEYMARK, J.A. John Harsanyi's contributions to social choice and welfare economics. *Soc Choice Welfare*, n. 12, 1985, p. 313–318.
- WILLIAMS, B.. A Critique of Utilitarianism. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.
- WOLEŃSKI, Jan. Formal and informal in legal logic. En *Approaches to legal rationality*. Springer, Dordrecht, 2010.
- WOOTTON, D. ‘Pierre Bayle, Libertine?’ in M.A. Stewart (ed.) *Studies in Seventeenth- Century Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- XI JINPING, *Carry forward the spirit of the war to resist US aggression and Aid Korea in the Great Historic Struggle*, in: In *The Governance of China IV*, Beijing: Foreign Languages Press Co. Ltd., 2022.
- XI JINPING, *Stay true to multilateralism and contribute to world prosperity*. (nov. 2020, 12th Brics Summit). Beijing: Foreign Languages Press Co. Ltd., 2022.
- ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Tomo V. Buenos Aires: Ediar, 1988.

ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., Derecho Penal, Parte General, primera edición, Buenos Aires, 2000

ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A.; ALAGIA, A. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZIFFER, P. *El delito de asociación ilícita frente al “derecho penal en expansión”*. In: CANCIO MELIÁ, M.; POZUELO PÉREZ, L. (Coord.). *Política Criminal en Vanguardia*. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Madrid: Civitas, 2008.

ZUCCALÀ, G. Estructura del delito y punibilidad: el evento preterintencional. Problemas actuales. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Volumen I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *El principio de culpabilidad en las reformas penales*. In: Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo: Navarra: Aranzadi, 2005.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Dogmática Funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 81, 2018.
